



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

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR: LUIS EDUARDO GARCÍA GIL contra PARTIDO SOCIAL DE UNIDAD NACIONAL No. 11001-31-05-022-2020-00082-01.

Bogotá D.C., treinta (30) de abril dos mil veinticinco (2025), se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 29 de mayo de 2024 proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente sentencia:

SENTENCIA

Luis Eduardo García Gil, a través de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra la sociedad PARTIDO SOCIAL DE UNIDAD NACIONAL – PARTIDO DE LA “U”, con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido, vigente desde el 28 de diciembre de 2016, en virtud del cual devengaba un salario mensual de un millón ochocientos mil pesos (\$1.800.000). Igualmente, solicitó que se declare que, debido a las afecciones de salud que padecía, la terminación de su contrato laboral sin justa causa, ocurrida el 13 de septiembre de 2017, se efectuó sin contar con la autorización previa del Ministerio del Trabajo, en contravención de lo dispuesto en el artículo 137 de la Ley 361 de 1997.

Con fundamento en lo anterior, pidió que se declare la nulidad absoluta o, en su defecto, la ineficacia de dicha terminación, así como que se reconozca que, para la fecha del despido, se encontraba amparado por la garantía de estabilidad laboral reforzada. En

consecuencia, solicitó que se ordene su reintegro inmediato al cargo que venía desempeñando o a uno de igual o superior jerarquía, sin solución de continuidad, y que se condene a la entidad demandada al pago de todos los salarios, prestaciones sociales, intereses a las cesantías, aportes dejados de efectuar al sistema de seguridad social y demás acreencias laborales desde la fecha del despido hasta el momento en que se materialice su reincorporación.

De manera subsidiaria, solicitó que, en caso de no concederse el reintegro, se ordene el pago de la indemnización prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, así como la indemnización moratoria regulada por el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Para sustentar sus pretensiones, el apoderado del demandante alegó la existencia de una relación laboral entre su representado, el señor Luis Eduardo García Gil, y el Partido Social de Unidad Nacional – Partido de la “U”, representado legalmente por el señor Óscar Rueda García, en su calidad de Secretario General. Señaló que dicha relación se inició formalmente el 8 de enero de 2014, mediante la suscripción de un contrato individual de trabajo a término indefinido, que luego fue renovado el 19 de mayo del mismo año, manteniéndose vigente por más de dos años.

Indicó que, pese a que el vínculo laboral se desarrolló con normalidad y bajo condiciones de subordinación, cumplimiento de horarios e instrucciones directas por parte del empleador, este fue terminado de manera unilateral el 10 de febrero de 2014, fecha en la que el actor debía reintegrarse tras una incapacidad médica, y sin que mediara la autorización del Ministerio del Trabajo. A juicio de la apoderada, dicha decisión vulneró los derechos fundamentales del trabajador, toda vez que su estado de salud ya se encontraba reconocido por la EPS Sanitas y la ARL AXA Colpatria, configurándose un despido sin justa causa y con evidente nexo entre la desvinculación y las condiciones médicas del actor.

Agregó que, tras dicha terminación irregular, el actor promovió una acción de tutela en la que se reconoció su derecho a la estabilidad laboral reforzada, ordenándose su reintegro en un término improrrogable de 48 horas. En cumplimiento de dicha decisión, se suscribió un nuevo contrato de trabajo a término indefinido el 19 de mayo de 2014, a partir del cual su representado fue nuevamente afiliado al Sistema de Seguridad Social.

De igual forma, sostuvo que, a pesar del nuevo contrato y del cumplimiento de las obligaciones laborales por parte del actor, el empleador volvió a dar por terminado el vínculo el 28 de diciembre de 2016, sin autorización previa del Ministerio del Trabajo y cuando ya era evidente el deterioro del actor, situación que, en su criterio, vulneró nuevamente sus derechos constitucionales al trabajo, a la salud, a la dignidad humana y

a la seguridad social, todo lo cual justifica la solicitud de reintegro elevada en la presente demanda.

Actuación procesal

Una vez presentada la demanda, la Juez Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá D.C. la admitió mediante auto del tres (03) de marzo de 2021, ordenando la notificación de la demandada.

Asimismo, mediante auto del doce (12) de enero de 2023, el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá avocó conocimiento del proceso y continuó con su trámite.

Sentencia de primera instancia

El Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia proferida el 29 de mayo de 2024 resolvió lo siguiente:

PRIMERO: ABSOLVER al Partido Social de Unidad Nacional Partido de la U de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el señor Luis Eduardo García Gil, conforme lo expuesto.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción genérica de inexistencia del derecho reclamado.

TERCERO: CONSULTAR esta sentencia con el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, por ser totalmente adversa al demandante, en el evento de no ser apelada..

CUARTO: Sin condena en costas en esta instancia. Decisión notificada en estrados.

El juez de primera instancia decidió absolver a la parte demandada de todas las pretensiones formuladas por el demandante, al concluir que no se encontraba acreditado que este gozara de estabilidad laboral reforzada por razones de salud al momento de la terminación del contrato de trabajo. Para arribar a esta decisión, el despacho consideró que, si bien se allegaron documentos que daban cuenta de ciertos diagnósticos médicos y de la existencia de incapacidades durante el año 2016, ello no resultaba suficiente para configurar una deficiencia física, mental o sensorial de mediano o largo plazo que generara una barrera efectiva en el entorno laboral, conforme a los parámetros fijados por la Corte Suprema de Justicia, particularmente en la sentencia SL1154 de 2023.

Dentro del expediente obran documentos que dan cuenta de una calificación de pérdida de capacidad laboral equivalente al 0%, emitida por la ARL AXA Colpatria antes de la

finalización del vínculo laboral, y no se acreditó que el empleador hubiera recibido recomendaciones médicas, restricciones laborales o algún pronunciamiento de autoridad médica que indicara que el actor requería ajustes razonables en sus funciones. Por su parte, las incapacidades aportadas suman un total de 40 días en el año 2016, pero no se demostró que dichas ausencias laborales correspondiera a patologías que limitaran de forma sustancial el desempeño del trabajador, ni que el empleador tuviera conocimiento de una situación que activara la protección especial prevista en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

Adicionalmente, el juez concluyó que no procedía la indemnización reclamada con fundamento en el inciso segundo del artículo 26 de la Ley 361 de 1997, al no haberse acreditado que la terminación del contrato obedeciera a una discapacidad que exigiera autorización previa del Ministerio del Trabajo. Tampoco se accedió a la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, ni a la indemnización contemplada en el artículo 64 del mismo estatuto, en tanto se comprobó que, al momento de la desvinculación laboral, fueron pagadas las prestaciones sociales y la indemnización correspondiente por terminación del contrato.

En igual sentido, el despacho advirtió que, si bien se tuvo por no contestada la demanda por parte de la entidad demandada, ello solo generaba un indicio grave en su contra, pero no sustituía la obligación del juez de valorar el material probatorio allegado al proceso. En consecuencia, se declaró probada de manera innominada la excepción de inexistencia del derecho reclamado, y se dispuso la consulta de la sentencia ante el superior jerárquico, conforme a lo previsto en el artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, sin imposición de costas en la instancia.

Recurso de Apelación

El apoderado de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, al considerar que el juez a quo incurrió en una indebida valoración probatoria al no reconocer la relevancia de los documentos aportados con la demanda y debidamente allegados al proceso. Afirmó que, si bien en los contratos laborales suscritos por el actor se consignaron fechas determinadas, el registro en el sistema de seguridad social se realizó con posterioridad, situación que fue debidamente advertida en el libelo introductorio y respaldada con prueba documental.

Sostuvo, además, que las condiciones de salud del trabajador se fueron agravando con el tiempo, lo cual se evidenció con la totalidad de las incapacidades médicas aportadas, sin que existiera controversia alguna sobre el conocimiento que tenía el empleador respecto del accidente sufrido por el trabajador. Según lo expuesto, el empleador incumplió su

deber de reportar oportunamente el siniestro ante la aseguradora, limitándose a realizar dicha notificación en forma extemporánea, hecho que también se acreditó con los documentos allegados.

En criterio de la apelante, el conocimiento que tenía el empleador sobre el deterioro progresivo en la salud del trabajador, sumado a la cantidad de incapacidades expedidas, desvirtúa cualquier justificación para la terminación del vínculo laboral, razón por la cual solicita al superior funcional revalorar las pruebas y adoptar una decisión conforme con los hechos acreditados en el proceso.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Con auto del 21 de agosto de 2024 se admitió los recursos de apelación en contra de la sentencia de primera instancia y se corrió traslado para que presentaran los alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, esta Sala de decisión procederá a analizar los puntos de inconformidad planteados por la recurrente al interponer y sustentar los recurso ante la Juez de primera instancia, dado que el fallo que se emita debe circunscribirse exclusivamente a dichas materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar aspectos ajenos a estos.

En este contexto, los problemas jurídicos a resolver se centran en las siguientes cuestiones: i) Determinar si, en el presente caso, el juez de primera instancia incurrió en error al concluir que el actor no gozaba de estabilidad laboral reforzada en razón de su estado de salud. ii) Establecer si procede modificar la parte resolutive de la sentencia en los términos solicitados en el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte actora.

Visto lo anterior, es preciso señalar que no existe discusión acerca de la existencia de una relación laboral entre el 8 de enero del 2014, en el cargo de servicios generales. Y que le fue terminado el contrato por parte de la empresa el 10 de febrero del 2014 y que mediante una acción de tutela fue reintegrado el actor a la entidad demandada, teniendo en cuenta la sentencia del 13 de mayo del 2014, tramitada ante el Juzgado Décimo Penal Municipal con Funciones de Conocimiento.

Así las cosas, procede la Sala a estudiar si el demandante contaba o no con estabilidad laboral reforzada por su estado de salud. Para tal efecto, es pertinente precisar que el

artículo 26 de la Ley 361 de 1997 dispone: “*Ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Inspector del Trabajo*”. Desde el punto de vista jurídico y jurisprudencial, de este artículo se desprenden tres fundamentos que se pueden sintetizar de la siguiente manera: i) las garantías de estabilidad laboral previstas en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no están destinadas a trabajadores con cualquier tipo de enfermedad o limitación, sino a aquellos que sufren una limitación moderada, severa o profunda; ii) el empleador debe conocer esa condición y no puede terminar la relación laboral por razón de la limitación física sin previa autorización del Ministerio del Trabajo; y iii) dicha limitación debe crear barreras que impidan un desempeño laboral en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

En consonancia con lo establecido en la reciente sentencia SL 1152 del 10 de mayo de 2023, radicado 90116, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la aplicación de esta protección supone el cumplimiento de ciertas pautas relacionadas con el grado de discapacidad o limitación y su impacto en el entorno laboral. Estas garantías no surgen simplemente por estar el trabajador incapacitado temporalmente o por padecer alguna enfermedad; **es necesario que sufra una lesión o patología que disminuya de manera clara y evidente su capacidad de trabajo y que constituya barreras que impidan un desempeño laboral en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.**

Sobre los estados de salud que dan lugar a la protección reforzada, la jurisprudencia constitucional y de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que se configuran con la existencia de limitaciones físicas, sensoriales o psicológicas que afectan la capacidad laboral, o cuando, por su condición física, el trabajador se encuentra en circunstancia de debilidad manifiesta. Esta protección se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, sin necesidad de una calificación previa que acredite una discapacidad.

En este sentido, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido, desde la sentencia SL 1152 de 2023, que es obligación en este tipo de procesos demostrar que es una persona con discapacidad. Es decir, debe probar una deficiencia a mediano o largo plazo que le impide el desarrollo de sus roles ocupacionales y que representa una desventaja en el medio en el que presta sus servicios respecto a los demás, y que dicha condición era conocida por su empleador o era notoria al momento del retiro. Para esta tarea, debe analizarse la deficiencia (factor humano) y cotejar con el análisis del cargo del trabajador, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico (factor contextual), y la interacción entre ambos factores; sólo así es posible

determinar si la limitación del trabajador realmente crea barreras que le impiden cumplir con sus funciones en igualdad de condiciones con los demás empleados.

En la misma sentencia citada, la alta corporación, al delimitar las premisas que hacen viable la protección de estabilidad laboral contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, concluyó que la garantía reclamada se configura cuando a la *“deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo”* se suma *“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”* y que *“estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios”*.

En ese mismo sentido, se indicó que estas barreras, según el artículo 2.5 de la Ley 1618 de 2013, corresponden a *“cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad”*, los cuales pueden ser: *“a) Actitudinales: conductas, palabras, frases, sentimientos, preconcepciones, estigmas que impiden u obstaculizan el acceso en condiciones de igualdad de las personas con y/o en situación de discapacidad a los espacios, objetos, servicios y en general a las posibilidades que ofrece la sociedad; b) Comunicativas: obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento y, en general, el desarrollo en condiciones de igualdad del proceso comunicativo de las personas con discapacidad a través de cualquier medio o modo de comunicación, incluidas las dificultades en la interacción comunicativa de las personas; c) Físicas: obstáculos materiales, tangibles o contruídos que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad”*; presupuestos que pueden ser acreditados por cualquier medio probatorio.

En cuanto al dictamen pericial de calificación de pérdida de capacidad laboral como prueba para acreditar una situación de discapacidad, la providencia citada no lo descarta ni le resta importancia, sino que considera que no es concluyente ni definitiva. Ya la Corte, en sentencia SL572 de 2021, radicado 86728 del 24 de febrero de 2021, había señalado que *“en el evento de que no exista una calificación y, por lo tanto, se desconozca el grado de la limitación que pone al trabajador en situación de discapacidad, esta limitación se puede inferir del estado de salud en que se encuentra, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo”*.

Por lo anterior, debe resaltarse que cada controversia debe ser analizada individualmente, considerando los elementos de prueba presentes en el expediente. Es fundamental evitar el excesivo subjetivismo judicial en este ámbito y, por tanto, se debe destacar que la determinación de si un trabajador se encuentra en la situación mencionada debe basarse principalmente en criterios objetivos y verificables. Estos criterios deben ser definidos preferentemente por expertos en la materia y evaluados en su totalidad. En caso de que no existan criterios específicos, la decisión debe tomarse considerando los elementos relevantes de la enfermedad o padecimientos del trabajador y cómo afectan su desempeño laboral y su vida en general, teniendo siempre como referencia los dictámenes y opiniones de profesionales en el campo correspondiente.

Así las cosas, resulta relevante destacar que, en el trámite procesal, solo se tuvo en cuenta la prueba documental aportada, tanto con el escrito de demanda como con el escrito de contestación. En virtud de que no existe controversia respecto de la fecha en la que finalizó el contrato de trabajo del actor, esto es, el 10 de febrero de 2014, y que fue con base en dicha fecha que el juez de tutela amparó su derecho y ordenó su reintegro a las labores, corresponde establecer si, para ese momento, el actor contaba o no con una protección derivada de su estado de salud.

En este sentido, es necesario resaltar que obra en el expediente un reporte de accidente de trabajo presentado ante la ARL AXA Colpatria, en el cual se señala que el actor manifestó dolor torácico y en el brazo izquierdo, presuntamente ocasionado por un sobreesfuerzo físico al cargar un archivador.

Adicionalmente, se allegó copia de los resultados de una radiografía de tórax practicada el 24 de enero de 2014, en la cual el especialista indicó:

“(...) La silueta cardíaca se encuentra en el límite superior de la normalidad. Ateromatosis del cayado aórtico. La vascularización pulmonar no presenta alteraciones. No se definen lesiones parenquimatosas pulmonares ni pleurales. Leve osteopenia difusa. (...)”

De igual forma, no puede pasarse por alto que, en cumplimiento de la orden impartida por el juez de tutela, se suscribió un contrato de trabajo a término indefinido, el cual fue aportado por el actor y obra en el archivo 01 del expediente digital. En dicho documento se establece que el actor fue reintegrado a desempeñar las mismas labores para las cuales fue contratado inicialmente, esto es, en el área de servicios generales.

Con base en los elementos probatorios recaudados en el proceso, no se demostró que al momento de la terminación del contrato laboral del actor, el 10 de febrero de 2014, existiera una condición de discapacidad que generara barreras sustanciales para el desempeño de sus funciones en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Si bien se acreditó la existencia de un accidente de trabajo y algunos hallazgos médicos, tales como leve osteopenia y síntomas torácicos, estos no evidencian de manera clara ni objetiva una deficiencia de mediano o largo plazo que impactará de forma significativa su capacidad laboral. En consecuencia, no se satisface el estándar jurisprudencial vigente fijado por la Corte Suprema de Justicia en sentencias como la SL1152 de 2023, según el cual es imprescindible demostrar que la deficiencia del trabajador constituía una verdadera barrera funcional o contextual, perceptible o conocida por el empleador al momento de la desvinculación.

Así mismo, tampoco se acreditó que dicha condición médica implicara una desventaja estructural para el actor en el entorno laboral ni que existiera una afectación relevante que lo colocara en circunstancia de debilidad manifiesta. La sola existencia de un reporte de accidente o de una radiografía con hallazgos clínicos no constituye per se una prueba suficiente de la existencia de una discapacidad relevante a efectos de activar la protección reforzada consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Por tanto, en ausencia de uno de los elementos que revelen la existencia de restricciones laborales previas al despido, no es posible colegir que el actor estuviera cobijado por el fuero de estabilidad laboral reforzada en ese momento, máxime cuando fue reintegrado posteriormente sin variación alguna en sus funciones.

En este contexto, y en aplicación del artículo 35 de la Ley 712 de 2001, esta Sala considera que no hay lugar a acoger los argumentos expuestos por el apoderado de la parte actora en el recurso de apelación, pues no se logró desvirtuar lo decidido por el juez de primer grado. En efecto, al no haberse demostrado que el actor presentara una condición de discapacidad que generara barreras funcionales o actitudinales que justificaran la aplicación de la garantía de estabilidad laboral reforzada, no puede tenerse por vulnerado el derecho que esta norma protege. Por ello, lo procedente es confirmar la sentencia recurrida, en cuanto se ajusta a los parámetros jurisprudenciales vigentes y al análisis objetivo de las pruebas obrantes en el expediente.

Así quedan revisados todos los puntos, esgrimidos en el recurso de apelación.

COSTAS

Sin condena en costas o agencias en derecho en esta instancia.

DECISIÓN

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 proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá del 29 de enero de 2024, dentro del proceso promovido por LUIS EDUARDO GARCÍA GIL contra PARTIDO SOCIAL DE UNIDAD NACIONAL de conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas o agencias en derecho en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



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

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO SUMARIO PROMOVIDO POR FUNDACIÓN HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ contra SECRETARIA DE SALUD DE BOYACÁ No. 11001-22-05-000-**2021-01587-01.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril dos mil veinticinco (2025), se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante contra la sentencia del 17 de septiembre de 2020 proferida por la Superintendencia Nacional de Salud.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados; se procede a proferir la siguiente sentencia:

SENTENCIA

Fundación Hospital Infantil Universitario de San José, actuando por conducto de su apoderado judicial, presentó demanda ante la Superintendencia Nacional de Salud contra la Secretaría de Salud de Boyacá, solicitando que se dirima el conflicto suscitado por el no pago de la factura No. 1437009, correspondiente a la prestación de servicios de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS), por un valor de veinte millones seiscientos dieciséis mil setecientos treinta y ocho pesos (\$20.616.738). Dichos servicios fueron suministrados en cumplimiento de órdenes emitidas por jueces constitucionales mediante acciones de tutela, así

como en atención a las directrices del comité técnico científico de la EPS correspondiente, sin que a la fecha se haya efectuado el pago respectivo, a pesar de la radicación de la factura y demás documentos exigidos por la normativa vigente.

En subsidio, la parte actora solicitó que, en caso de que la Secretaría de Salud de Boyacá no resulte ser la entidad responsable del pago de la factura en cuestión, se determine con claridad cuál es la entidad obligada al reconocimiento y cancelación de la suma adeudada. Asimismo, pidió que se impongan las condenas correspondientes al pago de los intereses corrientes por la mora en el cumplimiento de la obligación, la indexación de la suma adeudada, los gastos administrativos, así como cualquier otro tipo de perjuicio sufrido con ocasión del no pago oportuno, incluyendo el reconocimiento de las costas y agencias en derecho.

Para sustentar sus pretensiones, el representante judicial de la Fundación Hospital Infantil Universitario de San José expuso que dicha institución presta servicios en salud en su sede ubicada en la Carrera 52 No. 67A – 71 de la ciudad de Bogotá D.C. Señaló que, durante el periodo comprendido entre el 10 de octubre y el 23 de noviembre de 2015, permaneció hospitalizada en sus instalaciones la paciente Ana Irene Ávila de Alfonso, quien se encontraba afiliada para ese momento a CAPRECOM EPS.

Indicó que, debido a la complejidad del estado de salud de la paciente, fue necesaria la utilización de tecnologías no incluidas en el Plan de Beneficios en Salud – NO POS, cuya aplicación fue debidamente justificada desde el punto de vista médico, conforme a los requerimientos normativos vigentes en la materia. En virtud de los servicios prestados, se generó la factura No. 1437009 por valor de **veinte millones seiscientos dieciséis mil setecientos treinta y ocho pesos (\$20.616.738)**, la cual fue expedida a nombre de la Secretaría de Salud de Boyacá.

Añadió que dicha factura ha sido radicada en más de cinco (5) oportunidades ante la entidad territorial, siendo reiteradamente devuelta bajo el argumento de no haberse allegado el acta del Comité Técnico Científico, documento que, conforme a la Resolución 5395 de 2013, debía ser emitido por la EPS CAPRECOM, entidad actualmente en proceso de liquidación, por lo que resulta imposible su obtención.

Finalmente, precisó que el marco normativo vigente, contenido en la Resolución 1328 de 2016, regula de manera integral el procedimiento de cobro y análisis de los servicios y tecnologías

no financiadas con recursos del Plan de Beneficios en Salud, sin exigir como requisito para su trámite el acta del Comité Técnico Científico, motivo por el cual consideró injustificada la negativa al reconocimiento de la obligación.

Actuación procesal

Una vez presentada la demanda, la Superintendencia Nacional de Salud la admitió con auto del dos (02) de noviembre de 2017, ordenando la correr traslado a la demandada.

Sentencia de primera instancia

La Superintendencia Nacional de Salud de conocimiento en sentencia proferida el 17 de septiembre de 2020 resolvió lo siguiente:

PRIMERO: DENEGAR las pretensiones formuladas por la FUNDACIÓN HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ, por las consideraciones señaladas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el artículo primero del Auto A2019-000999 del 8 de marzo de 2019, “POR MEDIO DEL CUAL SE ORDENA UN REQUERIMIENTO Y SE ADOPTAN OTRAS DETERMINACIONES”, el cual quedará así:

PRIMERO: RECONOCER PERSONERÍA a la abogada MARTHA LILIANA GALLEGOS RÍOS, identificada con cédula de ciudadanía No. 52.313.610 y T.P. No. 175.304 del C. S. de la J., para actuar como apoderada especial de la FUNDACIÓN HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ.

TERCERO: Contra la presente providencia procede la impugnación ante el TRIBUNAL SUPERIOR – SALA LABORAL del Distrito Judicial que corresponda, la cual deberá presentarse en este Despacho, dentro de los tres (3) días siguientes al recibo de la respectiva notificación, de conformidad con lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 126 de la Ley 1438 de 2011 y el artículo 30 numeral 1 del Decreto 2462 de 2013.

CUARTO: NOTIFICAR por el medio más expedito el contenido de la presente sentencia a la DEMANDANTE al correo electrónico cherrera@hospitalinfantilsanjose.org.co, y al DEMANDADO al correo electrónico dirjuridica.notificaciones@boyaca.gov.co y en la dirección registrada por las partes ante la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, conforme a lo dispuesto en el inciso 2 del artículo 126 de la Ley 1438 de 2011.

PARÁGRAFO 1: Para efectos procesales, la notificación se considerará surtida en la fecha que aparezca en la constancia de entrega de la presente providencia que emita la empresa de correos, cuando esta sea enviada por correo certificado. Cuando la notificación se haga por correo electrónico, se considerará surtida en la fecha en que el sistema emita reporte de entrega.

PARÁGRAFO 2: Cuando la notificación de esta providencia no pueda realizarse, por correo electrónico o por correo certificado, por razones no imputables a este Despacho, la providencia se publicará en la página web de la entidad.

En lo que respecta a la resolución del presente caso, la Superintendencia Nacional de Salud resolvió absolver a la entidad demandada del pago de la factura 1437009, radicada por los servicios prestados a la usuaria Ana Irene Ávila de Alfonso, en razón del incumplimiento de los requisitos exigidos para el cobro de servicios y tecnologías en salud no incluidas en el Plan de Beneficios. En efecto, de la revisión del material probatorio obrante en el expediente se evidenció que, si bien la parte demandante aportó formularios de justificación médica y comunicaciones enviadas a la EPS CAPRECOM, sin embargo omitió allegar el acta del Comité Técnico Científico (CTC) que respaldara formalmente la aprobación de los medicamentos y servicios suministrados, documento indispensable conforme a lo establecido en la Resolución 1479 de 2015, la Circular 172 de 2015 y el artículo 13 de la Resolución 5395 de 2013.

Así las cosas, la falta del acta del Comité Técnico Científico resultó determinante, puesto que dicha aprobación constituye una condición esencial para acceder al recobro de los servicios no incluidos en el Plan de Beneficios, al tratarse de un mecanismo de control y verificación previa a la facturación. A pesar de haberse requerido mediante Auto A2019-000999 del 8 de marzo de 2019 la remisión de dicho soporte documental, la demandante manifestó no contar con el mismo, dejando en evidencia la imposibilidad de subsanar la omisión inicial. Así las cosas, el

informe técnico elaborado por la profesional técnica concluyó que la glosa de la factura era fundada, en tanto no se cumplió uno de los requisitos indispensables para su estudio en la etapa de pre auditoría.

Adicionalmente, esta Delegatura recordó que, conforme al artículo 167 del Código General del Proceso y a la teoría de la carga dinámica de la prueba, corresponde a quien se encuentre en mejor posición para aportar las pruebas necesarias, allegarlas oportunamente al proceso. En este caso, la IPS, como prestadora del servicio, era la llamada a demostrar el cumplimiento de los requisitos para el recobro, lo cual no se acreditó. A ello se suma que, si bien se solicitó establecer la responsabilidad en el pago, conforme a la Ley 715 de 2001, dicha función recaería en el Departamento de Boyacá por tratarse de un afiliado al régimen subsidiado; sin embargo, la ausencia de los soportes necesarios impidió ordenar el pago solicitado.

Recurso de Apelación

La apoderada judicial de la Fundación Hospital Infantil Universitario de San José interpuso recurso de apelación contra la sentencia emitida por la Superintendencia Nacional de Salud mediante la cual se denegaron las pretensiones formuladas en relación con la factura número 1437009, radicada ante la Secretaría de Salud de Boyacá. En su escrito, manifestó inconformidad frente al análisis efectuado por el despacho respecto al trámite surtido por dicha cuenta de cobro, al considerar que se desconoció la debida diligencia desplegada por la IPS para garantizar el derecho fundamental a la salud de la paciente Ana Irene Ávila, así como la interpretación errónea de la normatividad aplicable sobre la aprobación de medicamentos no incluidos en el Plan de Beneficios de Salud (No POS).

La recurrente señaló que la Fundación procedió a radicar la factura junto con los soportes exigidos para justificar la prestación de los servicios médicos, incluidos los formularios de justificación médica elaborados por el comité clínico del hospital, los cuales obran en el expediente, como lo reconoce expresamente la sentencia objeto de apelación. Sostuvo que el hecho de que no se anexara un acta de Comité Técnico Científico expedida por la EPS CAPRECOM no puede derivar en el rechazo del recobro, pues dicha acta no es de competencia de la IPS, sino de la propia EPS, conforme a lo establecido en el artículo 4 de la Resolución 5395 de 2013. Dicha norma impone a las Entidades Administradoras de Planes de Beneficios (EAPB) la obligación de integrar y operar los Comités Técnicos Científicos, así como de emitir

las respectivas actas que aprueben o rechacen los medicamentos No POS prescritos por el médico tratante.

Indicó, además, que la Fundación realizó todos los trámites necesarios para que la EPS expidiera el acta en cuestión, enviando las justificaciones médicas a los correos electrónicos institucionales dispuestos por CAPRECOM y la Secretaría de Salud de Boyacá, tal como se evidencia en los correos electrónicos aportados y reconocidos en la sentencia apelada. Por lo tanto, a su juicio, no puede imputarse a la Fundación el incumplimiento de un requisito cuya generación correspondía a la EPS, máxime cuando esta entidad ya se encontraba en proceso de liquidación al momento en que se profirió la primera devolución de la factura, el 26 de julio de 2016, lo que impidió que se presentara dicha cuenta como reclamación en el proceso de liquidación en las fechas previstas.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, esta Sala de decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por el recurrente al interponer y sustentar el recurso ante la primera instancia, ya que el fallo que se profiera debe estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos a estos.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver consisten en: i) Determinar si la IPS logró demostrar el lleno total de los requisitos previos para solicitar el recobro solicitado.

Teniendo en cuenta ello, procede la Sala a revisar el problema jurídico, en el presente asunto, se advierte que la prestación de servicios de salud objeto de recobro corresponde a atenciones brindadas a una usuaria afiliadas al régimen subsidiado, tratándose además de servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS), hoy Plan de Beneficios en Salud (PBS). Bajo tales circunstancias, resulta aplicable la Resolución 1479 de 2015, *"Por la cual se establece el procedimiento para el cobro y pago de servicios y tecnologías sin cobertura en el Plan Obligatorio de Salud suministradas a los afiliados del Régimen Subsidiado"*, disposición vigente para la fecha en la que se efectuaron los servicios reclamados.

Es por ello que la referida resolución, en su artículo 1°, establecía expresamente que: *"La presente resolución tiene por objeto establecer el procedimiento para el cobro y pago por parte de las entidades territoriales departamentales y distritales a los prestadores de servicios de salud públicos, privados o mixtos, por los servicios y tecnologías sin cobertura en el Plan Obligatorio de Salud - POS, provistas a los afiliados al Régimen Subsidiado, autorizados por los Comités Técnico Científicos - CTC u ordenados mediante providencia de autoridad judicial."* De esta manera, queda claro que la reclamación elevada por la entidad demandante debía ajustarse a los lineamientos fijados en dicha resolución.

Ahora bien, el artículo 11 de la reseñada resolución, regula los requisitos generales para la verificación y control de estos servicios, disponiendo que los departamentos o distritos deberán establecer un procedimiento administrativo que indique los soportes necesarios para las solicitudes de pago, los cuales deben garantizar, entre otros aspectos: que ***"el servicio o tecnología sin cobertura en el POS fue autorizado por el Comité Técnico Científico u ordenado por autoridad judicial"*** y que ***"el servicio o tecnología sin cobertura en el POS fue efectivamente suministrado al usuario"***, así como la consistencia de la información y la existencia de soporte documental idóneo como factura o documento equivalente.

En el sub examine, no se discute que dentro del acervo probatorio no fue allegada el acta del Comité Técnico Científico que autorizara el servicio prestado, documento que resulta sine qua non para la procedencia del pago, conforme a las exigencias señaladas en la normativa vigente. Aunque la apoderada de la parte actora argumentó que la liquidación de la EPS-S hace imposible cumplir con dicho requisito, lo cierto es que ello no exonera al prestador de la carga de demostrar que el servicio fue debidamente autorizado bajo los parámetros técnicos y científicos requeridos.

Debe señalarse que el cumplimiento de estos requisitos no puede calificarse como caprichoso, sino que obedece a la necesidad de preservar la seriedad y justificación técnica de los recobros de servicios no incluidos en el POS. En efecto, la intervención del Comité Técnico Científico se erige como un mecanismo de verificación previa, idóneo y especializado, que busca garantizar que los tratamientos o servicios suministrados fuera del Plan de Beneficios respondan a criterios médicos basados en la dignidad humana y la necesidad real del usuario, conforme a criterios científicos debidamente documentados.

Así las cosas, la falta de aportación del acta expedida por el Comité Técnico Científico, respecto de los servicios prestados a la usuaria Ana Irene Ávila de Alfonso, impide a esta Corporación validar el cumplimiento de los requisitos para el recobro de la cuenta médica, conforme a los términos exigidos en la Resolución 1479 de 2015. Ello, además, encuentra respaldo en el concepto técnico rendido por la auditoría médica solicitada dentro del trámite administrativo, en la cual se concluyó igualmente la necesidad de contar con dicho soporte documental para proceder al análisis de fondo.

Por consiguiente, al no haberse acreditado uno de los requisitos esenciales para el reconocimiento del pago de los servicios prestados, y habiendo quedado evidenciada la omisión en la verificación técnica previa exigida, se encuentra ajustada a derecho la decisión adoptada por la Superintendencia Nacional de Salud al negar las pretensiones de la demandante. No resulta procedente, entonces, trasladar la carga de la deficiencia probatoria a la entidad territorial ni modificar el sentido del fallo.

En mérito de lo expuesto, esta Corporación confirmará la decisión de primer grado, toda vez que se encuentra debidamente demostrado que no se acreditó el cumplimiento de los requisitos exigidos para el recobro de servicios y tecnologías no POS, y, en particular, la ausencia del acta del Comité Técnico Científico impidió la verificación y control de la procedencia de la obligación de pago conforme a la normativa vigente.

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 proferida por la Superintendencia Nacional de Salud el 17 de septiembre de 2020 dentro del proceso promovido por FUNDACIÓN HOSPITAL INFANTIL UNIVERSITARIO DE SAN JOSÉ contra SECRETARIA DE SALUD DE BOYACÁ; de conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas o agencias en derecho en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



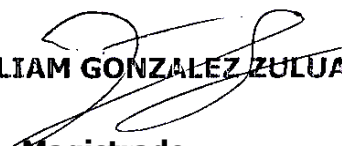
RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



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

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSÉ RICARDO DÍAZ BERNAL contra COLFONFOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Radicación No. 11001-31-05-009-2021-00025-01.

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticinco (2025); se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022; con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Colfondos y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia del 12 de febrero de 2024 proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente sentencia:

SENTENCIA

El demandante José Ricardo Díaz Bernal, por intermedio de su apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas anteriormente referidas, solicitando que se declare la «nulidad» de traslado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad y los posteriores traslados.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a Colpensiones a inscribir sin solución de continuidad al demandante como afiliado en el régimen de prima media con prestación definida y que se condene a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización trasladadas al momento del traslado del régimen, así como los demás dineros aportados por el señor José Ricardo Díaz Bernal durante todo el tiempo en que ha estado afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

De igual forma solicita que se condene a Colpensiones a reconocer y pagar al demandante la pensión de vejez desde el momento en que cumplió con los requisitos, el reconocimiento del retroactivo pensional, desde el cumplimiento de los requisitos legales y la fecha de inclusión en nómina de la primera mesada pensional del señor José Ricardo Díaz Bernal; los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la indexación de las sumas que no sean susceptibles de intereses moratorios, el pago de costas, agencias en derecho, y la condena ultra y extra petita.

En respaldo de sus pretensiones indica que nació el 18 de marzo de 1960 y se afilió al sistema general de pensiones el 17 de abril de 1985, cotizando al entonces instituto de los Seguros Sociales ISS, hoy Colpensiones. Que en julio de 1999 a la empresa en donde trabajaba «LABORATORIOS BUSSIE S.A.», se trató de trasladar asesores de Protección S.A. y que el demandante “aceptó” el formulario de vinculación a dicha AFP. No obstante, indica que al momento de suscribir el mismo no se brindó al demandante una información técnica y suficiente, por el contrario, asegura que la decisión del actor no fue espontánea, voluntaria y libre por cuanto no se le brindó la información vital para adoptar la decisión.

Luego, señala que en julio de 2007 los asesores de Colfondos “*promovieron el traslado del demandante entre administradoras del RAIS*”, y en el 2014 “nuevamente los asesores comerciales de la Administradora De Fondos De Pensiones y Cesantías Protección S.A. promovieron el traslado del demandante entre administradoras del RAIS. Y afirma que los promotores y asesores de Protección S.A. y Colfondos S.A., encargados de la afiliación y traslado del señor José Ricardo Díaz Bernal, no contaban con título ni formación profesional en el régimen de seguridad social en pensiones, no conocían las particularidades del régimen de prima media con prestación definida ni del régimen de ahorro individual con solidaridad, capacitación que le permitiese informar completa, veraz y suficientemente para persuadir al afiliado de trasladarse de régimen de pensiones.

Adicionalmente indica que la omisión en una correcta y veraz información y la acción en el engaño de la información suministrada por los promotores de los fondos, hizo que renunciara, sin saberlo, al derecho de tener una mejor pensión en la forma reglada por el régimen de prima media con prestación definida. Finalmente, señala que elevó solicitud de nulidad de la afiliación ante Colpensiones, Protección y Colfondos el 31 de octubre de 2020, las cuales fueron respondidas de forma negativa, mediante misivas del 31 de agosto de 2020, 09 de septiembre de 2020 y 14 de septiembre de 2020 respectivamente.

Actuación procesal

El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 28 de junio de 2021, y ordenó la notificación de las demandadas, así como de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y del Ministerio Público. Cumplido lo anterior, las enjuiciadas

Colpensiones, Colfondos y Protección contestaron la demanda en los términos de los archivos 06, 15 y 17 respectivamente del expediente digital. De igual forma, la Procuraduría Delegada Para Asuntos Civiles y Laborales, allegó intervención en los términos del archivo 07 del dossier.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 12 de febrero de 2024 resolvió:

PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado que realizó el demandante, José Ricardo Díaz Bernal, entre el RPM administrado por el Instituto de Seguros Sociales – hoy Colpensiones, al RAIS administrado por ING Pensiones y Cesantías hoy Protección S.A., el 5 de mayo de 1999.

SEGUNDO. CONDENAR a Protección S.A. y Colfondos S.A., a trasladar a Colpensiones, las cotizaciones recibidas en su integridad, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiere, así como gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en los seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los rendimientos del capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el demandante en su cuenta de ahorro individual, durante el tiempo en que estuvo afiliado a estas administradoras. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, sin que haya lugar a descontar valor alguno de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO. CONDENAR a Colpensiones a recibir de Protección S.A. y Colfondos S.A., todos los valores que le fueron trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral del demandante las correspondientes semanas.

CUARTO. CONDENAR a Colpensiones a reconocer y pagar la pensión de vejez al demandante bajo lo dispuesto en el art. 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, una vez el afiliado demuestre el retiro efectivo del Sistema General de Pensiones, tomando como I.B.L., el promedio de los últimos diez años cotizados o el promedio de toda la vida laboral, según le resulte más favorable al demandante (artículo 21 de la Ley 100 de 1993).

QUINTO. DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

SEXTO. COSTAS. Lo serán a cargo de Protección S.A. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (1) SMLMV, de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

SÉPTIMO. DE NO SER APELADO esta decisión, remítase el presente asunto ante la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. a fin de que surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 CPTSS.

Para adoptar esta decisión, en primer lugar la juez aseveró que los problemas jurídicos consistían en primer lugar establecer si procede la declaratoria en eficacia del traslado que realizó el accionante del régimen de prima media y el régimen de ahorro individual por el incumplimiento del deber de información, si procede la devolución de todos los dineros que hubiera recibido las administradoras con motivo de la afiliación y los que se encuentren consignados en la cuenta de ahorro individual del demandante a compensaciones y si ésta debe recibirlos y reactivar la filiación en el régimen de prima media. Y en segundo lugar, de resultar procedente la ineficacia del traslado, estudiar si prospera el reconocimiento y pago de la pensión de vejez que reclama el actor.

Seguidamente, la operadora judicial de primera instancia afirma que el artículo 13 de la ley 100 de 1993 en su literal b, estableció que la selección de cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones será libre y voluntario por parte del afiliado, quien manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación.

Señala demás que el artículo 271 de la misma norma dispuso que si cualquier persona impide o atenta contra el derecho al trabajador a su afiliación o selección de organismos de instituciones del sistema general, la afiliación quedará sin efectos y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

Expuso que la Corte Suprema de Justicia ha explicado que el deber de información es exigible desde su creación y con el paso del tiempo ese deber se ha consagrado cada vez con mayor de exigencia, y ha identificado tres etapas, de 1993 a 2009, de 2009 a 2014 y de 2014 en adelante. Y que, para la primera etapa, la expresión libre y voluntaria del artículo 13 de la ley 100 de 1993 necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esa índole.

Luego refirió que a Corte ha dicho que no puede alegarse una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que pueda tener sobre sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una expresión genérica.

En armonía con lo anterior, indica que el Decreto 663 de 1993, estatuto orgánico del sistema financiero, aplicable a las administradoras de fondos de pensiones desde su creación,

prescribió en el numeral primero del artículo 97 la obligación de las entidades de suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones de mercado. Y afirmó que la actividad de explotación económica del servicio de la seguridad social debía estar precedida del debido respeto a las personas e inspirado en los principios de prevalencia del interés general transparencia y buena fe de quien presta un servicio público.

Posteriormente, expresó que la información necesaria de la que alude el estatuto orgánico del sistema financiero, hace referencia a la descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pueda conocer con exactitud la lógica de los sistemas públicos y privados de pensiones.

Respecto al caso concreto del impulsor del litigio, la juez advirtió que no se acreditó que el afiliado contara con la información suficiente al momento del traslado, pues el demandante indicó que al momento del traslado se realizó una reunión corta de 15 minutos, y que firmó un formulario que ya había sido diligenciado porque la empresa donde laboraba le había dado la información. Circunstancias que, en criterio de la operadora judicial, impidieron que el usuario contara con elementos de juicio suficientes para determinar según sus intereses que resultaba más benéfico en su caso y de ese modo expresar su voluntad de manera informada, señalando demás que la carga de la prueba sobre este aspecto se encontraba en cabeza de la administradora privada llamada juicio.

Luego precisó que de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema AL 2601-2021 y SL2209-2021 debía condenarse a las demandadas a la devolución de la totalidad de los conceptos.

Frente a la pensión empezó por indicar que el promotor del litigio no cumplía con los requisitos establecidos en el artículo 36 de la ley 100 del 93 para acceder al régimen de transición, razón por la cual se estudiaría el reconocimiento de la prestación conforme lo establecido en el artículo 33 de la ley 100 del 93 modificado por el artículo 797 del 2003.

Acto seguido expuso que acorde con la historia laboral aportada por protección visible a folios 60 a 80, el accionante en total cuenta con 1883.15 semanas hasta enero del 2023. Además, expuso que el demandante continuaba cotizando, razón por la cual concluyó que únicamente era procedente el reconocimiento de la pensión a partir de la desafiliación del mismo, dado a lo dispuesto en el artículo 13 de la ley 100 de 1993.

Recurso de Apelación y grado jurisdiccional de consulta.

Recurso de apelación Colfondos:

El apoderado de Colfondos interpuso recurso de apelación contra la sentencia que declaró la ineficacia de la afiliación del demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad (RAIS), “*en general en todo lo que le es desfavorable a Colfondos Pensiones y Cesantías sobre cada uno de los cinco primeros numerales de la sentencia donde se declaró la ineficacia donde se condenan y representada a realizar **todos los gastos de administración, cuotas de seguro garantía de pensiones, fondos garantía de pensión mínima, rendimientos, intereses y demás que fueron decretadas.***” Señaló que la decisión es errónea, ya que el traslado del afiliado al RAIS fue voluntario y con pleno conocimiento de sus implicaciones, haciendo énfasis en la suscripción del formulario de afiliación por parte del demandante. Resaltó que la normativa aplicable establece límites temporales para el traslado entre regímenes pensionales y que, en el caso concreto, el accionante tenía hasta marzo de 2012 para efectuarlo, lo cual no realizó.

El recurrente enfatizó que el actor, al momento de su afiliación en 2007, recibió la asesoría adecuada y contaba con un ingreso base de cotización alto, factores que hacían más conveniente su permanencia en el RAIS dado a los rendimientos que se generaban. Indicó que el afiliado ratificó su elección en varias ocasiones mediante traslados horizontales dentro del mismo régimen, lo que evidencia su conformidad con la afiliación. Además, sostuvo que Colfondos cuenta con protocolos de capacitación para sus asesores y mecanismos de información clara para los afiliados, lo que garantiza la transparencia del proceso de vinculación.

Asimismo, el apoderado argumentó que, en caso de mantenerse la declaratoria de ineficacia, no es procedente la devolución de conceptos como los gastos de administración y el seguro previsional, ya que estos corresponden a servicios efectivamente prestados,

Respecto a los gastos de administración, indicó que no había lugar a su devolución dado a que se habían producido rendimientos e intereses en favor del afiliado, por lo que concluye que en virtud a su naturaleza la cuota administración cumplió la finalidad.

Frente a las cuotas de seguros previsionales de invalidez y muerte, expuso que siempre se le ha garantizado al señor día durante toda la filiación la cobertura total y amparo de los riesgos de vejez, muerte e invalidez, precisando además que el hecho que la filiación no haya hecho uso de la misma no cambia su naturaleza o protección obtenida durante la vigencia.

Finalmente, sostuvo que la declaratoria de ineficacia genera un vacío jurídico en cuanto a los rendimientos e intereses, pues estos dependen de la existencia del RAIS.

Recurso de apelación Colpensiones:

El apoderado de Colpensiones interpone recurso de alzada en contra de la sentencia en primera instancia, solicitando que se revoque la sentencia ya que Colpensiones ha actuado conforme al ordenamiento jurídico y en todo momento ha garantizado a la accionante su derecho de acceso al RPM, en caso de cumplir con los requisitos establecidos en la ley, no

obstante, para la época en que decidió retornar a Colpensiones ya contaba con menos de 10 años para acceder a la edad pensional, por lo que su actuar ya estaba limitado conforme a la ley 797 de 2003.

El actuar de las AFP se encuentran descritos a la normatividad vigente para el momento en que se realizaron los traslado, por ello no es jurídicamente razonable imponer cargas y soportes que no estaban previstos en el ordenamiento jurídico al momento de realizar el traslado, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima y el principio de legalidad, adicional al debido proceso en tanto debe ajustarse los actos que se juzgan a las normas que estaban vigentes a ese momento, para ello quedó demostrado que cuando la accionante realizó el primer traslado al RAIS, estaba vigente el decreto 663 de 1993 que no concebía nada diferente al formulario de afiliación. Este deber ha ido mutando y se han impuesto cargas adicionales a la AFP, no obstante, para el momento en que se llevó el primer traslado no se exigía nada distinto, por lo que tanto la AFP como Colpensiones han actuado de buena fe y conforme a la normativa existente. Afirmando que no es viable que sea condenado por algo que no tuvo la posibilidad de prever pues en sus manos

De igual forma, esta decisión genera una descapitalización del sistema en cuanto a los ahorros que hiciera la accionante dentro de su vida laboral afectarán la administración de los demás recursos por parte de Colpensiones. En caso de no revocar la decisión, solicita se sirva mantener la condena impuesta a las AFP en el entendido de reintegrar la totalidad de las *“cotizaciones que recibió esto es los recursos de la cuenta. abonadas como las cuotas abonadas de garantía de pensión mínima, rendimientos, bonos pensionales, cuotas de seguros provisionales, cuotas de administración y todas aquellas mermas en la cuenta individual del accionante, así como todos los rubros a que hubiese lugar debidamente indexados.”*

Aunado a lo anterior, solicita que se establezca que Colpensiones no podrá dar cumplimiento hasta tanto no se cumplan las obligaciones a cargo de las AFP en el entendido de reintegrar los recursos y actualizar la información en la base de datos.

Grado jurisdiccional de consulta:

En igual sentido, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Admitido el recurso de apelación con auto del 11 de junio de 2024 por esta Corporación, se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente

en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Así mismo se estudiará en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver consiste en: i) Determinar si efectivamente existió una ineficacia en el momento del traslado de la accionante del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al régimen de ahorro individual (RAIS), como consecuencia de la falta de información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, para así escoger la mejor opción para su caso particular; ii) Si se debe absolver a la demandada Colfondos de la condena de devolución de gastos de administración, seguros previsionales y demás sumas a las que fue condenada iii) Si de declararse la ineficacia de traslado se ve afectada la sostenibilidad financiera de Colpensiones, iv) si resulta procedente el reconocimiento de la pensión de vejez al demandante en el RPMPD, y por último, v) si debe supeditarse el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones a que a que las AFP's codemandadas realicen primero lo que a su cargo corresponde.

De la ineficacia del traslado

Para la resolución de este asunto, debe considerarse que las AFP tienen un deber legal de suministrar a sus potenciales afiliados información objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Este deber existía desde la creación del sistema de seguridad social integral, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL 1452-2019, SL 1688-2019, SL 1689-2019, SL 4426-2019, SL 3464-2019, SL 4360- 2019, SL 2611-2020, SL 4806-2020 y SL 373-2021).

En el referido artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se recalcó la importancia del deber de información de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria hoy Superfinanciera, incluyendo naturalmente a las Administradoras de Fondo de Pensiones, al contemplar textualmente que *"Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado"*.

Así mismo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra las obligaciones de los promotores en los siguientes términos: *"Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y*

oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado”.

De igual manera, debe considerarse que la suscripción de un formulario por parte del afiliado, que pueda o no, contener afirmaciones en el sentido de indicar que la afiliación se realiza de forma libre y voluntaria, no liberan a las AFP de su obligación de brindar información completa, objetiva y comparada de los distintos regímenes pensionales y las consecuencias asociadas al traslado entre ellos. A lo sumo, estas expresiones acreditan un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (SL 4964 de 2018, SL 4964 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3193 de 2023).

De suerte que, para la Sala, no cabe duda en cuanto a la existencia de un compendio normativo que obligaba a las administradoras de pensiones a informar en el momento del traslado, en forma, clara, completa, objetiva, veraz y transparente acerca de las características de ambos regímenes. Sobre este punto en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en la sentencia SL 1688 de 2019 con radicado No.68838, precisó desde cuándo se encontraba en cabeza de esas administradoras de pensiones, esa obligación probatoria en los siguientes términos:

“Desde este punto de vista, para la Corte es claro que, desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»”.

Descendiendo al caso bajo estudio, será necesario remitirse a las pruebas obrantes en el expediente, pues se trata de una cuestión eminentemente fáctica y jurídica. Encontrando que si bien en el certificado de Asofondos SIAFP aportado por la demandada Protección S.A. (folio 116 archivo 17), se observa que el demandante se trasladó del régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS hoy por Colpensiones, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP ING hoy Protección S.A. el 05 de mayo de 1999; dentro del expediente no obra el formulario de afiliación suscrito por el demandante en dicha calenda. Con lo cual, no existe prueba en el instructivo que demuestre, más allá de toda duda razonable que al menos en esta oportunidad la afiliada hubiera recibido la información adecuada, suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa, que le permitiera decidir libremente el régimen al que quería estar afiliada.

En todo caso, también se debe tener presente que la doctrina del precedente vertical en la sentencia del 09 de septiembre del año 2008, radicado 31989, ya había definido que la suscripción libre y voluntaria de ese formulario no era suficiente para dar cumplimiento a ese deber de información. Posición que fuera repetida también en forma pacífica por parte de la

Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la Sentencia del 03 de abril de 2019 en los siguientes términos:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado”.

Incluso en providencias más próximas a la fecha, se ha mantenido inmutable la postura de la Sala, ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia SL 397 del 1 de marzo de 2023 en la que se afirmó:

“En cuanto a la suscripción de uno o varios formularios de afiliación (f.º59), se encuentra adoctrinado que son insuficientes para demostrar que la decisión de traslado estuvo precedida por una ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Tampoco es admisible sostener que la simple rúbrica impuesta en el formulario, en señal de asentimiento, pueda suplir la información que deben brindar las administradoras (entre otros fallos se cita CSJ SL SL1688-2019)”.

En otro giro, frente al interrogatorio de parte rendido por el demandante en la audiencia celebrada el 12 de febrero de 2024, visible en el archivo 31 del expediente virtual, la Sala avizora que esta no se puede tener como confesión en favor de las demandadas. En dicho medio probatorio únicamente declara que a su lugar de trabajo llegaron los asesores de Protección, que realizaron una reunión de 15 minutos y que ya tenían los formularios diligenciados, por lo que él simplemente firmó, que en dicha reunión le explicaron que el Seguro Social estaba en sus últimos días y se iba a acabar. Es por ello que, del análisis del interrogatorio de parte del demandante, no se acredita ninguno de los elementos para considerar que se llenaron los requisitos del artículo 191 numeral segundo para ser considerado como medio de prueba de confesión.

En igual sentido, resulta esencial y de gran relevancia mencionar el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024. Frente al cual la Sala, decide adoptarlo en adelante. Por lo cual, se ha de recordar que, en esta decisión, el máximo tribunal constitucional delineó una serie de reglas para el análisis probatorio relacionado con los casos de ineficacia del traslado de los afiliados que cambiaron de régimen pensional al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad entre los años 1993 y 2009. Sobre este aspecto, se dispuso que tales procesos deben regirse exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, el Código Procesal del Trabajo y de la

Seguridad Social, y el Código General del Proceso, con el objetivo de garantizar el debido proceso. Estas directrices comprenden varias pautas esenciales:

Primero, el juez debe evaluar si el afiliado comprendía las consecuencias de su traslado al (RAIS), conforme a lo dispuesto en los artículos 13 de la Ley 100 de 1993 y 97 del Decreto 663 de 1993. Esto incluye verificar si los asesores de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) informaron adecuadamente sobre los riesgos asociados, las posibilidades de realizar cotizaciones adicionales, las consecuencias de no reunir el capital mínimo requerido para la pensión, la garantía de la pensión mínima y la devolución de saldos.

Asimismo, el juez debe permitir y considerar todas las pruebas necesarias, pertinentes y conducentes, ya sean solicitadas por las partes o requeridas de oficio, conforme al artículo 161 del CGP. Estas pruebas pueden comprender declaraciones, confesiones, testimonios, peritajes, inspecciones judiciales, documentos e indicios.

Además, las pruebas documentales deben ser evaluadas en conjunto con las demás pruebas del expediente. Por ejemplo, los formularios de afiliación, que suelen contener declaraciones sobre la decisión libre y espontánea del traslado, no son suficientes por sí solos para absolver a las demandadas.

En ausencia de pruebas directas, el juez puede recurrir a interrogatorios para esclarecer las circunstancias en que se prestó, o no, la información relevante. Los testimonios de personas que recibieron asesoría conjunta pueden ser fundamentales para determinar la veracidad de los hechos alegados.

Las pruebas indiciarias también deben ser analizadas en conjunto con otros elementos probatorios, de acuerdo con los artículos 176 y 242 del CGP.

Aunque la inversión de la carga de la prueba no debe ser una regla obligatoria, el juez puede, de manera excepcional, invertir la carga de la prueba en casos donde el demandante se encuentre en la imposibilidad de probar los hechos que sustentan sus pretensiones. Esta medida se fundamenta en el artículo 167 del CGP y en la necesidad de proteger al afiliado de una imposición desproporcionada de cargas probatorias que vulneren su derecho al debido proceso y acceso a la justicia.

Con todo lo anterior, la Sala advierte que en el expediente no existe un solo elemento de convicción distinto al formato de vinculación que demuestre que la AFP Protección S.A. dio información transparente y completa a la afiliada sobre las características de ambos regímenes pensionales y las implicaciones inherentes de pertenecer a uno u otro al momento en que el accionante suscribió el formulario de afiliación. Lo que conduce a esta Sala a confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado que efectuó el demandante el 05 de mayo de 1999, como lo determinó la *a quo*.

De los valores a devolver:

Continuando con el análisis, procede este órgano colegiado a analizar los argumentos expuestos por ambos apoderados sobre los conceptos a devolver, teniendo en cuenta que la apoderada de Colfondos señaló que no debía ordenarse la devolución de los gastos de administración y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima y demás conceptos; mientras que el apoderado de Colpensiones solicitó que se mantenga la orden de reintegro de la totalidad de las cotizaciones trasladadas al régimen de ahorro individual.

De este modo, en primera medida, como lo indicó la *a quo*, esta Sala debe indicar que la jurisprudencia emitida por parte de la CSJ, al referirse a los efectos de la ineficacia, como la sentencia SL 1535 del 10 de mayo de 2022 señaló que *“es pertinente recordar que se contraen a la devolución de todos los dineros que el fondo hubiera recibido, entre otros, por concepto de las cotizaciones y los bonos pensionales —si fuere el caso—, además de los rendimientos financieros que se hubieren causado, y las cuotas de administración, pues no puede trasladarse una suma inferior a la realmente ahorrada. Lo anterior, bajo la ficción jurídica de que el actor nunca se movió al RAIS o, lo que es igual, que siempre estuvo afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones.”*

Sin embargo, tampoco se puede pasar por alto lo que sobre este tema ha indicado la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024, que es de obligatorio cumplimiento para los operadores judiciales, que en cuanto al principio de sostenibilidad financiera, indicó en los casos en que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, sólo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual. Señaló además que no es factible ordenar el traslado de los valores pagados por concepto de primas de seguros de seguros previsionales, gastos de administración y porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, ni tampoco que dichos valores fueran reconocidos de forma indexada, señalando textualmente: *“En suma, ni las primas de seguros, los gastos de administración, o el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ya sea de forma individual, combinada o indexada son susceptibles de devolución o traslado al configurar situaciones que se consolidaron en el tiempo y que no se pueden retrotraer por el simple hecho de declarar la ineficacia del traslado pensional.”*

La Corte Constitucional, en los acápites de consideraciones de su decisión, en primer lugar, expuso que, en relación con las modalidades de devolución, la Corte aclaró que, materialmente, a pesar de que se declare la ineficacia del traslado, no es posible retrotraer al afiliado al día previo al traslado. Solamente es susceptible de traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y, si se ha pagado, el valor de un bono pensional. Esto se debe a que no toda la cotización es apta para ser trasladada, ya que el aporte se desglosa en primas de seguros, gastos de administración y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de

Pensión Mínima. Además, no sería posible devolver los aportes voluntarios realizados por el afiliado mientras estuvo en el RAIS, ya que estos implicaron beneficios tributarios para la declaración de renta, la compra de acciones u otro tipo de inversiones, constituyendo situaciones que se consolidaron en el tiempo.

En segundo lugar, respecto a las primas de seguros y el riesgo que estas amparan, la Corte recordó que, mes a mes, se paga el respectivo seguro para cubrir el riesgo de invalidez o muerte. En la Sentencia SU-313 de 2020, se explicó que de la cotización obligatoria del 16%, la Administradora de Fondos Pensionales debe destinar un 11,5% a la cuenta individual del afiliado, un 1,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y un 3% al financiamiento de los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. El seguro previsional que contratan las administradoras del RAIS debe ser colectivo y pagarse obligatoriamente, garantizando así la cobertura adecuada en caso de invalidez o muerte.

En cuanto a los gastos de administración, aunque no se tiene un pronunciamiento expreso en pensiones, la Corte ha sostenido que es legítimo desde el punto de vista constitucional que los particulares que participan en el sistema general de seguridad social en salud sean recompensados por los gastos de administración en los que incurren, siempre y cuando no se afecte el derecho fundamental de los usuarios a un servicio de calidad, oportuno y eficiente. Esta misma lógica se aplica a los gastos de administración en pensiones, los cuales tienen un impacto incluso en la determinación del fondo al que pertenece un afiliado. En la Sentencia T-266 de 2023, la Corte protegió los derechos de una afiliada a la que se le negó el traslado por no estar en el aplicativo de traslados, operando en este caso la figura de la afiliación tácita.

Por otro lado, en la Sentencia C-687 de 2017, la Corte analizó una demanda de inconstitucionalidad que cuestionaba la contribución al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, alegando que dicha financiación no era retribuida al afiliado y constituía un enriquecimiento sin causa. Aunque la Corte se declaró inhibida, destacó que la cotización en el RAIS no sólo nutre la cuenta de ahorro individual, sino también un componente de solidaridad, siendo así reconocidas numerosas pensiones de vejez bajo la Garantía de Pensión Mínima.

Por los anteriores argumentos, se adoptará esta nueva postura por parte de esta Sala, entendiendo que, con la declaración de ineficacia, la AFP deberá devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, los ahorros de la cuenta individual del afiliado, los rendimientos financieros y el bono pensional, dejando atrás cualquier criterio anterior.

En este contexto, y considerando la postura de la Corte Constitucional, dado que Colfondos S.A apeló la devolución de los conceptos correspondientes a gastos de administración, primas

de seguros previsionales de invalidez y muerte, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima durante el tiempo en que estuvo afiliado, se modificará el numeral segundo de la sentencia en cuanto condenó a Colfondos a devolver los conceptos antes referidos, para en su lugar absolver a Colfondos de la devolución de los mismos.

Por otro lado, frente a los aportes del demandante y los rendimientos generados mientras que estuvo afiliado, precisa la Sala que, conforme a la postura de la Corte Constitucional, si resulta procedente su devolución. Empero, en virtud del traslado horizontal efectuado a Protección S.A. el 26 de marzo de 2014, observa esta Colegiatura que los recursos ya fueron trasladados a esta última administradora, según se desprende de la historia laboral emitida por Protección el 08 de febrero de 2023 (folio 60 a 80 del archivo 17) y el estado de cuenta (folio 81 a 107 archivo 17), de suerte que, la devolución de los ahorros de la cuenta individual del afiliado, los rendimientos financieros y el bono pensional a la administradora en al que actualmente reposan dichos recursos, es decir Protección S.A. En consecuencia, también se modificará el numeral segundo de la sentencia, en el sentido no ordenar a Colfondos S.A. la devolución de los ahorros de la cuenta individual del afiliado, los rendimientos financieros y el bono pensional.

De igual forma, para efectos de dar una mayor armonía y sentido a la decisión adoptada, se modificará el numeral tercero de la sentencia, en el sentido de excluir a Colfondos de la orden impartida en dicho numeral.

Ahora bien, **dado a que Protección S.A. no mostró inconformidad en contra de la decisión proferida** por la sentenciadora de primer grado, **se confirmará la condena impuesta en su contra.**

Sostenibilidad Financiera

De otra parte, para abordar a la inconformidad referida por el apoderado de Colpensiones, frente a la sostenibilidad del sistema financiero se encuentra que ya se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicando que dicho principio constitucional no se ve afectado con la declaratoria de ineficacia del traslado, dado a que como se señaló previamente, la AFP tiene el deber de restituir los valores recibidos por concepto de la afiliación del accionante con todos sus frutos, con lo cual se compensan las cotizaciones que debió efectuar el accionante el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y se financia la pensión a recibir, indistintamente si se han cotizado en un fondo público o en una cuenta de ahorro individual.

Así lo señaló la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, precisando:

“Sin pasar por alto que los aportes del régimen de prima media con prestación definida van a un fondo público mientras que los del régimen ahorro individual con

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

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

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

Lo anterior también ha sido reiterado en sentencias posteriores como la SL1440-2021 y la SL1497-2022, en esta última con toda claridad la Corte precisó: *“Tampoco se atenta contra la sostenibilidad financiera del Sistema, en la medida en que la ley dispone las fuentes de financiamiento de las prestaciones económicas que éste reconoce y, en todo caso, la ineficacia comporta unos efectos que pasan a explicarse más adelante, lo que supone, entre otras cosas, que la totalidad del ahorro pensional efectuado, con los elementos que lo integran, pasen de la AFP a la administradora del Régimen de Prima Media.”*

Colpensiones como tercero de buena fe:

Ahora bien, respecto a la inconformidad planteada por el apoderado de Colpensiones sobre la no participación de Colpensiones en el traslado de régimen pensional, es preciso señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido de manera pacífica y reiterada que la declaratoria de ineficacia implica el retorno al *statu quo*. Esto significa que la situación debe retrotraerse al estado en que se encontraría si el acto nunca hubiera existido (CSJ SL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL373-

2021 y CSJ SL5688-2021). En particular, en la sentencia **SL2877-2020**, la Corte precisó lo siguiente:

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

(...)

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal”

De este modo, a pesar de que es claro que el otrora Instituto de los Seguros Sociales, ni tampoco Colpensiones, interfirieron en el traslado de régimen pensional de la promotora de este juicio, situación que no se discute en el sub judice; en virtud de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen de la demandante, resulta imperioso ordenar su retorno al Régimen pensional a la que se encontraba afiliada antes de este traslado, siendo este el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que actualmente es administrado por Colpensiones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007. Por consiguiente, no existe error alguno en la interpretación de la a quo sobre este aspecto.

De la pensión reconocida:

Ahora bien, atendiendo a que esta Colegiatura también estudia el grado jurisdiccional de consulta, procede a abordar el reconocimiento de la prestación pensional. De este modo, conforme al artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, en el caso

de los varones, para acceder a la pensión de vejez debe contarse con 1300¹ semanas cotizadas y haber alcanzado 62 años de edad.

Siendo ello así, a folios 5 del archivo 01 del expediente digital se observa la cédula de ciudadanía del señor José Ricardo Díaz Bernal, en la que se constata que nació el 18 de marzo de 1960, por lo que alcanzó la edad de 62 años el mismo mes y día del año 2022. De igual forma, al revisar la historia laboral de fecha 21 de agosto de 2020 (folios 17 a 35 archivo 01), se observa que para esa calenda ya contaba con 1754,58 semanas, superando con creces las requeridas por la norma. Incluso, en la historia laboral del 08 de febrero de 2023, obrante a folios 60 a 80 del archivo 17 del expediente digital, se observa que, el promotor de este juicio acredita 1883,15 semanas cotizadas, resultando palmario que el accionante continuó cotizando, incluso luego de la presentación de la demanda, tal y como lo afirmó la juez de primera instancia, por lo cual, le asiste la razón a la *a quo* al señalar que no se encontraba acreditado el retiro del sistema, lo que constituye un presupuesto para el reconocimiento pensional por parte de Colpensiones.

En este orden de ideas, si bien acertó la juez al señalar que para el reconocimiento pensional el afiliado debía demostrar el retiro efectivo del sistema, es preciso recordar que reconocimiento de la pensión no opera de manera automática. Por el contrario, requiere la presentación formal de una solicitud ante la Administradora de Fondos de Pensiones a la que el afiliado se encuentre vinculado. A partir de la radicación de dicha solicitud, el fondo dispone de un plazo de cuatro meses para emitir su pronunciamiento, conforme a lo establecido en el artículo 7 del Decreto 510 de 2013, actualmente compilado en el artículo 2.2.8.1.1 del Decreto 1833 de 2016, que regula el Sistema General de Pensiones. Dicha norma dispone que la obligación de reconocer la pensión surge únicamente cuando el afiliado presenta la solicitud junto con la documentación requerida para acreditar su derecho, permitiendo así la verificación del cumplimiento de los requisitos legales para acceder a la prestación de vejez, invalidez o sobrevivencia, señalando textualmente:

“ARTÍCULO 2.2.8.1.1. Acreditación de la documentación requerida como requisito para el trámite de la pensión. *Para los efectos del párrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, la obligación de los fondos encargados de reconocer la pensión, dentro del término legal establecido, procederá una vez se presente la solicitud de reconocimiento junto con la documentación requerida para acreditar el derecho, a través de la cual se aprueben los presupuestos de hecho y de derecho de la norma que confiere la respectiva prestación de vejez, de invalidez o de sobrevivientes.*

Cuando la pensión se financie a través de bono pensional o cuota parte de bono pensional, no se requiere que estos hayan sido expedidos, pero será necesario que el

1 Esto desde el año 2015, pues la norma indica que “A partir del 1º de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1º de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015”

bono pensional o cuota parte de bono pensional hayan sido emitidos conforme a lo señalado por el artículo 2.2.16.1.1. de este decreto, o la norma que lo modifique o sustituya.”

Bajo esta premisa, si bien se advierte que la parte actora, mediante escrito radicado bajo el número 2020_8537407 del 31 de agosto de 2020, solicitó la declaratoria de la nulidad de su afiliación y el reconocimiento de la pensión de vejez, para ese momento Colpensiones no contaba con los recursos correspondientes a los aportes pensionales del demandante, sus rendimientos financieros o le bono pensional. Asimismo, carecía de una historia laboral completa que le permitiera determinar con certeza el número de semanas efectivamente cotizadas. Situación que le imposibilitaba materialmente estudio de la pensión en el Régimen de Prima Media, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.2.8.1.1 del Decreto 1833 de 2016.

Incluso en la actualidad, para que Colpensiones pueda evaluar la pretensión pensional, es indispensable que Protección S.A. cumpla integralmente con lo ordenado en la presente providencia. En virtud de lo anterior, considerando que el accionante cuenta con 65 años de edad, según lo acreditado con su cédula de ciudadanía, y a que el derecho a su pensión no puede convertirse en un anhelo perene, se adicionara la sentencia de primera instancia, para efectos de ordenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los conceptos indicados por la a quo dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia.

De igual forma se adicionará la sentencia para efectos de ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones que una vez reciba los recursos transferidos por Protección S.A., dentro de los dos (2) meses siguientes, proceda a realizar el reconocimiento de la pensión de vejez del promotor de este juicio en los términos indicados en el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia.

En este punto, ora recordar que todas las entidades demandadas deben actuar de manera coordinada para garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia y permitir el retorno de la demandante al Régimen de Prima Media con prestación Definida, sin que trámites administrativos obstaculicen su derecho. Esto toda vez que en virtud del principio de eficiencia consagrado en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, las entidades del Sistema General de Seguridad Social están obligadas a optimizar sus recursos para asegurar una prestación oportuna y eficaz del servicio. Asimismo, conforme el numeral 10 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, aplicable a las entidades públicas y a los privados que prestan un servicio público como lo es el servicio público esencial de seguridad social (art. 2 Ley 100 de 1993), las autoridades concertarán sus actividades con las de otras instancias estatales en el cumplimiento de sus cometidos y en el reconocimiento de sus derechos a los particulares, sin que una entidad pueda excusarse en el incumplimiento de otra para evadir su responsabilidad.

Así quedan resueltos los recursos de apelación interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta.

COSTAS

Sin costas o agencias en derecho en esta instancia, en virtud del estudio de los recursos interpuestos devino necesaria la modificación de la sentencia proferida por la juez de primera instancia.

DECISIÓN

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 los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, el 12 de febrero de 2024, los cuales quedarán así:

SEGUNDO. CONDENAR a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones, las cotizaciones recibidas en su integridad, frutos, rendimientos financieros, bonos pensionales si los hubiere, así como gastos de administración, comisiones, porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y los valores utilizados en los seguros previsionales con cargo a sus propias utilidades y debidamente indexados al momento de cumplirse la orden, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y los rendimientos del capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea el demandante en su cuenta de ahorro individual, durante el tiempo en que estuvo afiliado a esta administradora. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, sin que haya lugar a descontar valor alguno de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO. CONDENAR a Colpensiones a recibir de Protección S.A. todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, convalidando en la historia laboral del demandante las correspondientes semanas.

Todo conforme a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, el 12 de febrero de 2024, para efectos de ordenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los conceptos indicados por la *a quo* dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la sentencia.

De igual forma, se dispone **ADICIONAR** la sentencia ordenando a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, que una vez reciba los recursos transferidos por Protección S.A., dentro de los dos (2) meses siguientes, proceda a realizar el reconocimiento de la pensión de vejez del demandante en los términos indicados en el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia, conforme a la parte motiva de esta providencia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado

(Salva voto)

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: José Ricardo Díaz Bernal

Demandados: Colpensiones, Colfondos S.A., y Protección S.A.

Radicado: 110013105009-2021-00025-01

Señores partes en el proceso, distinguidos compañeros de Sala de Decisión, comunidad jurídica en general:

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por esta Corporación, tratando de exponer sencilla y sintéticamente los motivos de mi salvamento parcial de voto, a continuación, resumo los argumentos por los cuales no comparto la razón de decidir acogida en la providencia mayoritariamente aprobada en lo que concierne a: i) la no devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y prima de seguros previsionales debidamente indexadas y, ii) el prematuro reconocimiento prestacional ordenado:

De conformidad con lo decantado por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia SU 107 de 2024, es criterio mayoritario de esta Sala de decisión decretar la improcedencia de la devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y primas de seguros

previsionales debidamente indexadas, en el entendido que, al configurarse la disposición de los aludidos emolumentos situaciones jurídicas consolidadas, se encuentra vedado su devolución por el solo hecho de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

Sin embargo, considera quien ahora escribe que el enunciado raciocinio desconoce los efectos jurídicos de las acciones judiciales de “*ineficacia*” habida cuenta que, en su sentido estricto, la referida institución normativa propugna por retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio declarado ineficaz no hubiera existido; es decir, su declaratoria produce efectos *ex tunc -desde siempre-*, y no *ex nunc -desde ahora-*.

Colofón de lo anterior, por constituir el criterio mayoritario, ese sí, una afrenta al principio constitucional de sostenibilidad financiera, puesto que, al denegar la devolución indexada de los referenciados emolumentos, restringe la fuente de financiación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida para el futuro reconocimiento prestacional en provecho del afiliado, supuesto que conlleva a la materialización del déficit presupuestal aducido por Colpensiones, manifiesto que salvo parcialmente mi voto, toda vez que, con la postura mayoritaria, se estaría apoyando una decisión que considero injusta para con el Sistema General de la Seguridad Social en Pensiones.

Por último, esta Magistratura no se opone a que la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional y el reconocimiento de la prestación social por vejez sean proferidas en la misma actuación jurisdiccional -*acumulación de pretensiones*-; sin embargo, para la prosperidad de la última de las enunciadas súplicas es indispensable que, para la calenda de presentación

del libelo introductorio, se encuentren debidamente acreditados los presupuestos necesarios y concurrentes para su causación *-edad de 62 años y 1300 semanas contribuidas-*, carga probatoria que, de no efectuarse impide su otorgamiento.

Así las cosas, por contar el actor con la edad de 61 años y 10 meses para el día 19 de enero de 2021, adiada en la que radicó la demanda, en criterio de quien escribe se torna en prematuro el reconocimiento de la pensión de vejez pretendida, vista la ausencia de su causación para la referida calenda, razón por la cual salvo parcialmente mi voto.

Fecha ut supra.



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



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

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ALFONSO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ contra SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Radicación No. 11001-31-05-022-2019-00679-02.

AUTO

Previo al estudio del recurso de apelación, así como del grado jurisdiccional de consulta, la Sala advierte que mediante memorial del 9 de septiembre de 2024 el apoderado de Skandia. presenta solicitud de terminación del proceso en atención a la promulgación de la Ley 2381 de 2024 *“Por medio de la cual se establece el Sistema de Protección Social Integral para la Vejez, Invalidez y Muerte de origen común, y se dictan otras disposiciones”*. Pese a lo anterior, debe señalarse que la terminación del proceso únicamente procede por solicitud de la parte demandante, quien es la legitimada para disponer del derecho en litigio o, mediante la sentencia ejecutoriada que pone fin al mismo; sin que ninguna de estos eventos se haya presentado en el asunto bajo estudio. Por este motivo, se negará la solicitud de terminación del proceso presentada por el apoderado de Skandia S.A.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticinco (2025); se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022; con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta entidad, contra la sentencia del 11 de julio de 2024, proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente sentencia:

SENTENCIA

El demandante, por intermedio de su apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas anteriormente referidas, solicitando que se declare la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS del demandante, efectuada en octubre de 2003 a Porvenir S.A.; y de forma subsidiaria declarar la ineficacia de dicho traslado. Por lo tanto, solicita se declare que el demandante se encuentra válidamente afiliado al Régimen de Prima Media.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a Old Mutual Pensiones y Cesantías (Hoy Skandia S.A.), a trasladar los aportes realizados por el demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad; y correlativamente se ordene a Colpensiones a contabilizar para efectos de la pensión las semanas cotizadas del señor Alfonso Hernández Hernández en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.

De igual forma, solicita la condena ultra y extra petita y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones expone que el actor nació el 13 de noviembre de 1957, inició a efectuar cotizaciones el 31 de octubre de 1986; y que antes de la entrada en vigencia del Sistema general de Pensiones el demandante se encontraba afiliado al ISS con el empleador Caja de Compensación Familiar de Fenalco. Luego, afirma que en el año 2003 al vincularse como contratista a Colsanitas se afilió a la AFP Porvenir, pues los asesores de esta visitaron las instalaciones de su empleador.

Sin embargo, asegura que el señor Alfonso Hernández Hernández al momento del traslado o vinculación al Régimen de Ahorro Individual, no fue asesorado o informada por la AFP, de manera completa, clara, veraz, oportuna, adecuada, suficiente y cierta; respecto a las diferencias entre uno u otro régimen de pensiones, las prestaciones económicas que obtendría en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, los beneficios, desventajas o inconvenientes de este Régimen, y en general las implicaciones sobre sus derechos pensionales, que debía tener en cuenta al momento de tomar la decisión de cambiarse de régimen de pensiones.

Afirma además que radicó peticiones ante Old Mutual, Colpensiones y Porvenir solicitando la nulidad de la afiliación, y que las mismas fueron contestadas de forma negativa.

Y por último, señala que el promotor de la Litis no se encuentra pensionado.

Actuación procesal

Previo subsanación de las falencias señaladas por el Despacho, el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 18 de agosto de 2020 y ordenó la notificación de las convocadas a juicio, así como, así como de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Cumplido lo anterior, Colpensiones, Skandia y Porvenir contestaron la demanda en los términos del archivo 08, 13 y 17 respectivamente del expediente digital.

Luego mediante auto del 01 de febrero de 2022, se declaró improcedente el llamamiento en garantía a Mapfre Colombia solicitado por Skandia; contra dicha providencia Skandia interpuso el recurso de apelación, resolviendo este tribunal revocar el auto del 01 de febrero de 2022 y en su lugar aceptar el llamamiento en garantía, profiriéndose auto de obedécese y cúmplase por parte del juzgado de origen el 01 de junio de 2023.

Una vez notificada, la llamada en garantía Mapfre Colombia de Vida Seguros contestó la demanda y el llamamiento en los términos del archivo 23 del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 11 de julio de 2024 resolvió:

PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado por el señor ALFONSO HERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, al régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, acaecido el 04 de diciembre de 2003. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida.

SEGUNDO: ORDENAR a SKANDIA S.A., fondo en el que se encuentran los aportes del demandante, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, el saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con sus correspondientes rendimientos y los bonos pensionales, si los hay, en los términos señalados en la parte considerativa de la presente decisión.

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, originados en la omisión del fondo de pensiones.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES, a recibir los dineros provenientes de SKANDIA S.A., y efectuar los ajustes en la historia pensional del actor, conforme quedó explicado en esta providencia.

QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones propuestas por las demandadas. SEXTO: DECLARAR PROBADA, la excepción de inexistencia de la obligación propuesta por Mapfre S.A., y se absuelve de todas las pretensiones en su contra, conforme la parte motiva del presente fallo.

SEPTIMO: CONDENAR en costas a las demandadas PORVENIR S.A., SKANDIA S.A. Y COLPENSIONES, en favor del demandante. Fíjese como agencias en derecho la suma de 1.5 SMMLV a cargo de cada una de ellas.

De la misma manera se condena en costas a SKANDIA S.A., y en favor de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. Fíjese como agencias en derecho la suma de 1 SMMLV. OCTAVO: CONSÚLTESE, la presente decisión en favor de Colpensiones ante el H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

Para adoptar esta decisión, la operadora de instancia afirmó que para época en que el actor efectuó su traslado de régimen pensional se encontraba vigente el artículo 13, literal b de la ley 100 de 1993, que establece la selección libre y voluntaria del afiliado. A su turno, el artículo 114 del mismo estatuto dispone los requisitos para el traslado y puntualiza que la selección dicho régimen debe efectuarse libre, espontánea y sin presiones. El artículo 171 señala las sanciones pecuniarias para quienes coarten la libertad de selección, y ordena dejar sin efecto la afiliación realizada. El Decreto Ley 663 de 1993, previó en el numeral primero del artículo 97 la obligación de suministrar a los usuarios una información necesaria con el fin de brindar un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado.

Acto seguido indicó que la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia SL1688 de 2019 precisó que las AFP desde su fundación están 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 condiciones del mercado. Y que de igual forma se encuentra el artículo 4 del Decreto 656 de 1994, el cual dispuso que en su calidad de administradoras del RAIS, las administradoras se encuentran obligadas a prestar en forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a dicha calidad, por lo tanto, serán responsables de los perjuicios que por su culpa se le puedan ocasionar a los afiliados.

De la misma manera, señaló que el artículo 12 del Decreto 720 de 1994, previó que los promotores que empleen las AFP deben suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación o durante toda la vinculación. Indicando también que la sala de casación laboral de la CSJ en la sentencia SL3464 de 2019 reiteró que desde la sentencia SL1688 de 2019 la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia y exclusión de todo efecto del traslado.

Expuso que el libre albedrío exigido por el sistema no de seguridad social no se restringe a una simple manifestación de la voluntad de quien decide trasladarse del régimen, sino que debe estar ajustada a los parámetros de libertad informada, por lo que la señalada que del

formulario de afiliación a lo sumo acredita un consentimiento libre de vicios, pero no informado.

Luego señaló que la Corte Suprema de Justicia ha precisado que la afirmación de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido, que solo puede ser desvirtuado por el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió con la obligación; la documentación soporte de traslado debe conservarse en los archivos del fondo dado que, es esta la entidad que está obligada a observar el compromiso de brindar información y más aún, probar ante autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento. No obstante, pone de presente la juez que en virtud de la Sentencia SU 107 de 2024, la Corte Constitucional adocrinó que la inversión de la carga de la prueba efectos de demostrar el suministro de la información en el acto de traslado del régimen pensional era una herramienta excepcional y por ende no se puede aplicar como regla general ya que ello desconoce la autonomía propia del juez al momento de decretar las pruebas.

Bajo los anteriores parámetros, la juez afirmó que, para la fecha del traslado del actor en diciembre de 2003, las administradoras de fondos de pensiones tenían la obligación de brindarles a los posibles afiliados una información cierta, comprensible y oportuna sobre las características, condiciones, beneficios, diferencias y consecuencias del traslado del régimen pensional. Y determinó que esta situación no se encuentra acreditada en el presente proceso, y pese a que la demandada basó su defensa en la afirmación de haber cumplido con este deber, no existe en el plenario prueba alguna que corrobore dicha afirmación. Por lo tanto, sin desconocer lo expresado por la Corte Constitucional en la sentencia de unificación, concluye la juez que, revisadas las pruebas aportadas al plenario, ellas no permiten concluir que, para el caso del demandante, se le hubiera brindado alguna información o asesoría respecto del régimen de prima media y del régimen de ahorro individual, ni tampoco hay información acerca de su situación personal.

Seguidamente asegura que la prohibición prevista en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003 no es admisible porque en el sub judice no estamos ante un traslado voluntario sino ante la ineficacia por la falta de información; y que la permanencia del demandante en el RAIS no convalida las deficiencias en el traslado inicial.

Por último, afirma la sentenciadora que se acoge al pronunciamiento de la Corte Constitucional en sentencia SU 107 de 2024, en el entendido en que el traslado de los emolumentos ordenado Colpensiones sólo debe comprender los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual del demandante, rendimientos y bono pensional si ha sido pagado.

Recurso de Apelación y grado jurisdiccional de consulta.

El apoderado de Colpensiones presentó recurso de alzada en contra de la sentencia de primera instancia, indicando que Colpensiones es un tercero de buena fe que no tuvo ninguna injerencia frente a la decisión del demandante en realizar dicho traslado.

Adicionalmente indica que la falta al deber de información aducida por la parte actora debe estar soportada y probada más allá de la inversión de la carga de la prueba, y tampoco puede considerarse al demandante como la parte débil del proceso.

De igual forma solicita que, en caso de confirmar la decisión en lo concerniente a la ineficacia de la afiliación, se ordene el traslado de los saldos sobrantes en la cuenta de ahorro individual, incluyendo el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima. Argumentando que la AFP debe devolver tanto los aportes realizados a la cuenta de ahorro individual como todos los recursos con sus respectivos rendimientos, ya que estos recursos serán utilizados para financiar la pensión del demandante, manteniendo así el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional de Colpensiones

Finalmente, en lo concerniente a pago de costas y agencias en derecho, el recurrente pide revocar esta condena ya que genera un detrimento del patrimonio de Colpensiones

En igual sentido, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Admitido el recurso de apelación con auto del 21 de agosto de 2024 por esta Corporación, se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por los recurrentes en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Así mismo se estudiará en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver consisten en: i) Determinar si efectivamente existió una ineficacia en el momento del traslado del accionante del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al régimen de ahorro individual (RAIS), como consecuencia de la falta de información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, para

así escoger la mejor opción para su caso particular; ii) Si en virtud de la declaratoria de unificada, debe condenarse a trasladar los gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; iii) si debe absolverse a Colpensiones de la condena en costas impuesta por la *a quo.*, y por último, iv) determinar si es inviable la condena a la demandada en virtud a que es un tercero de buena fe.

De la ineficacia del traslado

Para la resolución de este asunto, debe considerarse que las AFP tienen un deber legal de suministrar a sus potenciales afiliados información objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Este deber existía desde la creación del sistema de seguridad social integral, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL 1452-2019, SL 1688-2019, SL 1689-2019, SL 4426-2019, SL 3464-2019, SL 4360-2019, SL 2611-2020, SL 4806-2020 y SL 373-2021).

En el referido artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se recalcó la importancia del deber de información de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria hoy Superfinanciera, incluyendo naturalmente a las Administradoras de Fondo de Pensiones, al contemplar textualmente que *"Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado"*.

Así mismo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra las obligaciones de los promotores en los siguientes términos: *"Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado"*.

De igual manera, debe considerarse que la suscripción de un formulario por parte del afiliado, que pueda o no, contener afirmaciones en el sentido de indicar que la afiliación se realiza de forma libre y voluntaria, no liberan a las AFP de su obligación de brindar información completa, objetiva y comparada de los distintos regímenes pensionales y las consecuencias asociadas al traslado entre ellos. A lo sumo, estas expresiones acreditan un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (SL 4964 de 2018, SL 4964 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3193 de 2023).

De suerte que, para la Sala, no cabe duda en cuanto a la existencia de un compendio normativo que obligaba a las administradoras de pensiones a informar en el momento del traslado, en forma, clara, completa, objetiva, veraz y transparente acerca de las características de ambos regímenes. Sobre este punto en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en la sentencia SL 1688 de 2019 con radicado No.68838, precisó desde cuándo se encontraba en cabeza de esas administradoras de pensiones, esa obligación probatoria en los siguientes términos:

“Desde este punto de vista, para la Corte es claro que, desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»”.

Descendiendo al caso bajo estudio, será necesario remitirse a las pruebas obrantes en el expediente, pues se trata de una cuestión eminentemente fáctica y jurídica. Encontrando que se aportó al expediente el formulario de afiliación a la Porvenir S.A., del 04 de diciembre de 2003 (folio 34 archivo 17 del expediente digital), en el que se registró la firma de un asesor comercial o ejecutivo de cuenta, sin que se encuentre acreditado que ese asesor brindó la información completa e informada sobre el traslado a la trabajadora, pues ninguna prueba se aportó en tal sentido. Con lo cual no existe prueba en el expediente que demuestre, más allá de toda duda razonable que al menos en esta oportunidad el afiliado hubiera recibido la información adecuada, suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa, que le permitiera decidir libremente el régimen al que quería estar afiliado.

Por otro lado, también se debe tener presente que la doctrina del precedente vertical en la sentencia del 09 de septiembre del año 2008, radicado 31989, ya había definido que la suscripción libre y voluntaria de ese formulario no era suficiente para dar cumplimiento a ese deber de información. Posición que fuera repetida también en forma pacífica por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la Sentencia del 03 de abril de 2019 en los siguientes términos:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado”.

Incluso en providencias más próximas a la fecha, se ha mantenido inmutable la postura de la Sala, ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia SL 397 del 1 de marzo de 2023 en la que se afirmó:

“En cuanto a la suscripción de uno o varios formularios de afiliación (f.º59), se encuentra adoctrinado que son insuficientes para demostrar que la decisión de traslado estuvo precedida por una ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Tampoco es admisible sostener que la simple rúbrica impuesta en el formulario, en señal de asentimiento, pueda suplir la información que deben brindar las administradoras (entre otros fallos se cita CSJ SL SL1688-2019)”.

En otro giro, frente al interrogatorio de parte rendido por el demandante en la audiencia celebrada el 11 de julio de 2024, visible en el archivo 31 del expediente virtual, la Sala avizora que esta no se puede tener como confesión en favor de las demandadas. En dicho medio probatorio únicamente declara, que para finales del año 2003 firmó un contrato de prestación de servicios con una compañía de medicina preparada, y que lo abordó un funcionario de Porvenir que tenía escritorio de información en el sitio en donde firmó el contrato., y que este le indicó algunas de las características del RAIS, sin embargo indica que no le entregó el plan de funcionamiento de Porvenir, y destaca la Sala que en el dicho del demandante jamás se menciona que se hubiese realizado una asesoría comparada de ambos regímenes pensionales, tal y como lo indicó *a quo*. Es por ello que, del análisis del interrogatorio de parte del demandante, no se acredita ninguno de los elementos para considerar que se reunieron los requisitos del artículo 191 numeral segundo para ser considerado como medio de prueba de confesión.

En igual sentido, resulta esencial y de gran relevancia mencionar el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024. Frente al cual la Sala, decide adoptarlo en adelante.

Por lo cual, se ha de recordar que, en esta decisión, el máximo tribunal constitucional delineó una serie de reglas para el análisis probatorio relacionado con los casos de ineficacia del traslado de los afiliados que cambiaron de régimen pensional al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad entre los años 1993 y 2009. Sobre este aspecto, se dispuso que tales procesos deben regirse exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y el Código General del Proceso, con el objetivo de garantizar el debido proceso. Estas directrices comprenden varias pautas esenciales:

Primero, el juez debe evaluar si el afiliado comprendía las consecuencias de su traslado al (RAIS), conforme a lo dispuesto en los artículos 13 de la Ley 100 de 1993 y 97 del Decreto 663 de 1993. Esto incluye verificar si los asesores de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) informaron adecuadamente sobre los riesgos asociados, las posibilidades de realizar cotizaciones adicionales, las consecuencias de no reunir el capital mínimo requerido para la pensión, la garantía de la pensión mínima y la devolución de saldos.

Asimismo, el juez debe permitir y considerar todas las pruebas necesarias, pertinentes y conducentes, ya sean solicitadas por las partes o requeridas de oficio, conforme al artículo 161 del CGP. Estas pruebas pueden comprender declaraciones, confesiones, testimonios, peritajes, inspecciones judiciales, documentos e indicios.

Además, las pruebas documentales deben ser evaluadas en conjunto con las demás pruebas del expediente. Por ejemplo, los formularios de afiliación, que suelen contener declaraciones sobre la decisión libre y espontánea del traslado, no son suficientes por sí solos para absolver a las demandadas.

En ausencia de pruebas directas, el juez puede recurrir a interrogatorios para esclarecer las circunstancias en que se prestó, o no, la información relevante. Los testimonios de personas que recibieron asesoría conjunta pueden ser fundamentales para determinar la veracidad de los hechos alegados.

Las pruebas indiciarias también deben ser analizadas en conjunto con otros elementos probatorios, de acuerdo con los artículos 176 y 242 del CGP.

Aunque la inversión de la carga de la prueba no debe ser una regla obligatoria, el juez puede, de manera excepcional, invertir la carga de la prueba en casos donde el demandante se encuentre en la imposibilidad de probar los hechos que sustentan sus pretensiones. Esta medida se fundamenta en el artículo 167 del CGP y en la necesidad de proteger al afiliado de una imposición desproporcionada de cargas probatorias que vulneren su derecho al debido proceso y acceso a la justicia.

Con todo lo anterior, la Sala advierte que en el expediente no existe un solo elemento de convicción distinto al formato de vinculación que demuestre que la Porvenir S.A. dio información transparente y completa al afiliado sobre las características de ambos regímenes pensionales y las implicaciones inherentes de pertenecer a uno u otro al momento en que el demandante suscribió el formulario de afiliación. Lo que conduce a esta Sala a confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado que efectuó el demandante el 04 de diciembre de 2003, como lo determinó la *a quo*.

De los valores a devolver:

Continuando con el análisis, procede este órgano colegiado a analizar el argumento del apoderado de Colpensiones, tendiente a que en virtud de la declaratoria de ineficacia del traslado debían devolverse los gastos de administración y el porcentaje destinado a las primas de seguros previsionales.

De este modo, en primera medida, como lo indicó la *a quo*, esta Sala debe indicar que la jurisprudencia emitida por parte de la CSJ, al referirse a los efectos de la ineficacia, como la

sentencia SL 1535 del 10 de mayo de 2022 señaló que *“es pertinente recordar que se contraen a la devolución de todos los dineros que el fondo hubiera recibido, entre otros, por concepto de las cotizaciones y los bonos pensionales —si fuere el caso—, además de los rendimientos financieros que se hubieren causado, y las cuotas de administración, pues no puede trasladarse una suma inferior a la realmente ahorrada. Lo anterior, bajo la ficción jurídica de que el actor nunca se movió al RAIS o, lo que es igual, que siempre estuvo afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones.”*

Sin embargo, tampoco se puede pasar por alto lo que sobre este tema ha indicado la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024, **que es de obligatorio cumplimiento para los operadores judiciales**, que, en cuanto al principio de sostenibilidad financiera, indicó en los casos en que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, sólo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual. Señaló además que no es factible ordenar el traslado de los valores pagados por concepto de primas de seguros previsionales, gastos de administración y porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, ni tampoco que dichos valores fueran reconocidos de forma indexada, señalando textualmente: *“En suma, ni las primas de seguros, los gastos de administración, o el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ya sea de forma individual, combinada o indexada son susceptibles de devolución o traslado al configurar situaciones que se consolidaron en el tiempo y que no se pueden retrotraer por el simple hecho de declarar la ineficacia del traslado pensional.”*

La Corte Constitucional, en los acápites de consideraciones de su decisión, en primer lugar, expuso que, en relación con las modalidades de devolución, la Corte aclaró que, materialmente, a pesar de que se declare la ineficacia del traslado, no es posible retrotraer al afiliado al día previo al traslado. Solamente es susceptible de traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y, si se ha pagado, el valor de un bono pensional. Esto se debe a que no toda la cotización es apta para ser trasladada, ya que el aporte se desglosa en primas de seguros, gastos de administración y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Además, no sería posible devolver los aportes voluntarios realizados por el afiliado mientras estuvo en el RAIS, ya que estos implicaron beneficios tributarios para la declaración de renta, la compra de acciones u otro tipo de inversiones, constituyendo situaciones que se consolidaron en el tiempo.

En segundo lugar, respecto a las primas de seguros y el riesgo que estas amparan, la Corte recordó que, mes a mes, se paga el respectivo seguro para cubrir el riesgo de invalidez o muerte. En la Sentencia SU-313 de 2020, se explicó que de la cotización obligatoria del 16%, la Administradora de Fondos Pensionales debe destinar un 11,5% a la cuenta individual del afiliado, un 1,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y un 3% al financiamiento de los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. El seguro previsional que contratan las administradoras del RAIS

debe ser colectivo y pagarse obligatoriamente, garantizando así la cobertura adecuada en caso de invalidez o muerte.

En cuanto a los gastos de administración, aunque no se tiene un pronunciamiento expreso en pensiones, la Corte ha sostenido que es legítimo desde el punto de vista constitucional que los particulares que participan en el sistema general de seguridad social en salud sean recompensados por los gastos de administración en los que incurren, siempre y cuando no se afecte el derecho fundamental de los usuarios a un servicio de calidad, oportuno y eficiente. Esta misma lógica se aplica a los gastos de administración en pensiones, los cuales tienen un impacto incluso en la determinación del fondo al que pertenece un afiliado. En la Sentencia T-266 de 2023, la Corte protegió los derechos de una afiliada a la que se le negó el traslado por no estar en el aplicativo de traslados, operando en este caso la figura de la afiliación tácita.

Por otro lado, en la Sentencia C-687 de 2017, la Corte analizó una demanda de inconstitucionalidad que cuestionaba la contribución al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, alegando que dicha financiación no era retribuida al afiliado y constituía un enriquecimiento sin causa. Aunque la Corte se declaró inhibida, destacó que la cotización en el RAIS no sólo nutre la cuenta de ahorro individual, sino también un componente de solidaridad, siendo así reconocidas numerosas pensiones de vejez bajo la Garantía de Pensión Mínima.

Por los anteriores argumentos, esta Sala de decisión ha adoptado esta nueva postura, entendiendo que, con la declaración de ineficacia, la AFP deberá devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, los ahorros de la cuenta individual del afiliado, los rendimientos financieros y el bono pensional, dejando atrás cualquier criterio anterior.

En estas circunstancias, es necesario enfatizar en que en el numeral octavo de la sentencia SU 107 de 2024, la Corte Constitucional dispuso los efectos inter pares de la providencia, señalando textualmente:

*“**EXTENDER**, con efectos inter pares y de inmediato cumplimiento, las reglas expuestas en esta providencia a todas las demandas que estén en curso ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral ya sea en primera, segunda instancia o en sede de casación, como también las que se tramiten mediante acción de tutela y cuya pretensión, principal o subsidiaria, esté dirigida a que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.”*

De igual forma, frente a los efectos inter pares, vale traer a colación la sentencia SU349-2019, que de forma explicativa indicó:

“los efectos “inter pares” son aplicados por la Corte Constitucional en aquellos eventos en los que ésta resuelve un problema jurídico relacionado con la interpretación y/o aplicación de un marco normativo concreto, en un contexto fáctico

específico. En estos eventos, se dispone que la resolución que ha dado al asunto debe ser asumida en los casos que, sin integrar necesariamente una misma comunidad, son o llegarán a ser semejantes.”

En este contexto, no existe yerro alguno por parte del operador judicial de primera instancia por cuanto las reglas de decisión establecidas por la Corte Constitucional en la sentencia de unificación plurimencionado, resulta de obligatorio cumplimiento para todos los jueces de la república.

Por consiguiente, y conforme a la postura de la Corte Constitucional, se ratificará la decisión de la *a quo* respecto a los valores cuya devolución fue ordenada

Colpensiones como tercero de buena fe:

Ahora bien, respecto a la inconformidad planteada por el apoderado de Colpensiones sobre la no participación de Colpensiones en el traslado de régimen pensional, es preciso señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido de manera pacífica y reiterada que la declaratoria de ineficacia implica el retorno al *statu quo*. Esto significa que la situación debe retrotraerse al estado en que se encontraría si el acto nunca hubiera existido (CSJ SL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL373-2021 y CSJ SL5688-2021). En particular, en la sentencia SL2877-2020, la Corte precisó lo siguiente:

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

(...)

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado el acción ante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal”

De este modo, a pesar de que es claro que el otrora Instituto de los Seguros Sociales, ni tampoco Colpensiones, interfirieron en el traslado de régimen pensional del promotor de este juicio, situación que no se discute en el sub judice; en virtud de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen del demandante, resulta imperioso ordenar su retorno al Régimen pensional a la que se encontraba afiliado antes de este traslado, siendo este el Régimen de

Prima Media con Prestación Definida, que actualmente es administrado por Colpensiones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007. Por consiguiente, no existe error alguno en la interpretación de la *a quo* sobre este aspecto.

Sostenibilidad Financiera

Por otro lado, en cuanto a la inconformidad planteada por el apoderado de Colpensiones respecto a una posible afectación a la sostenibilidad del RPMPD, es preciso señalar que la Corte Constitucional, en la sentencia SU107-2024, hizo solo una breve mención al respecto, sin pronunciarse de manera expresa sobre: i) si la declaratoria de ineficacia del traslado impacta la sostenibilidad financiera del sistema y ii) si dicha hipotética afectación podría impedir que el juez ordinario declare la ineficacia cuando se demuestre que no se brindó la debida asesoría en el momento del traslado de régimen pensional. Ante este panorama, no queda más alternativa que continuar acogiendo los lineamientos establecidos en forma reiterada y pacífica por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En este sentido, respecto a la sostenibilidad del sistema financiero se encuentra que ya se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicando que dicho principio constitucional no se ve afectado con la declaratoria de ineficacia del traslado, dado a que como se señaló previamente, la AFP tiene el deber de restituir los valores recibidos por concepto de la afiliación del accionante con todos sus frutos, con lo cual se compensan las cotizaciones que debió efectuar el actor en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y se financia la pensión a recibir, indistintamente si se han cotizado en un fondo público o en una cuenta de ahorro individual.

Así lo señaló la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, precisando:

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

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

“Es que para la Sala el reconocimiento de una prestación pensional supone que se cuenta con el capital correspondiente a las cotizaciones con la cual se va a financiar.

La pensión es una construcción fruto del trabajo de muchos años de la persona, de manera que su otorgamiento debe estar respaldado con los aportes o cotizaciones sufragadas durante la vida laboral. Al respecto, el literal l) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dispone que no «podrán otorgarse pensiones del Sistema General que no correspondan a tiempos de servicios efectivamente prestados o cotizados»”.

Lo anterior también ha sido reiterado en sentencias posteriores como la SL1440-2021 y la SL1497-2022, en esta última con toda claridad la Corte precisó: *“Tampoco se atenta contra la sostenibilidad financiera del Sistema, en la medida en que la ley dispone las fuentes de financiamiento de las prestaciones económicas que éste reconoce y, en todo caso, la ineficacia comporta unos efectos que pasan a explicarse más adelante, lo que supone, entre otras cosas, que la totalidad del ahorro pensional efectuado, con los elementos que lo integran, pasen de la AFP a la administradora del Régimen de Prima Media.”.*

De la condena en costas a las demandadas:

En lo que tiene que ver con la condena en costas impuesta por la juez de primera instancia, es preciso mencionar que, de acuerdo con el artículo 365 del C.G.P, dicha condena se genera para la parte vencida en los procesos en los que se presente controversia, como en el caso de marras, y así lo establece con toda claridad el numeral 1 del mencionado artículo, bajo el siguiente tenor literal:

“Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.”

En este orden, la disposición precitada contempla una obligación de orden procesal destinada a la parte que resulta vencida en el proceso, indistintamente de la naturaleza jurídica de la parte demandada, resultando en un imperativo legal. Por consiguiente, se confirmará lo dispuesto por la sentenciadora de primera instancia frente a las costas procesales.

En virtud de los anteriores argumentos, se ratificará en su totalidad la sentencia proferida por la juez de primera instancia.

En los anteriores términos quedan resueltos el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación presentado por la demandada Colpensiones.

COSTAS

Sin costas o agencias en derecho en esta instancia.

DECISIÓN

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 proferida por el Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de julio de 2024.

SEGUNDO: Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado

(Salva voto)

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Alfonso Hernández Hernández

Demandados: Colpensiones, Porvenir S.A., y Skandia S.A.

Radicado: 110013105022-2019-00679-02

Señores partes en el proceso, distinguidos compañeros de Sala de Decisión, comunidad jurídica en general:

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por esta Corporación, tratando de exponer sencilla y sintéticamente los motivos de mi salvamento parcial de voto, a continuación, resumo los argumentos por los cuales no comparto la razón de decidir acogida en la providencia mayoritariamente aprobada en lo que concierne a la no devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y prima de seguros previsionales debidamente indexadas:

De conformidad con lo decantado por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia SU 107 de 2024, es criterio mayoritario de esta Sala de decisión decretar la improcedencia de la devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y primas de seguros previsionales debidamente indexadas, en el entendido que, al configurarse

la disposición de los aludidos emolumentos situaciones jurídicas consolidadas, se encuentra vedado su devolución por el solo hecho de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

Sin embargo, considera quien ahora escribe que el enunciado raciocinio desconoce los efectos jurídicos de las acciones judiciales de “*ineficacia*” habida cuenta que, en su sentido estricto, la referida institución normativa propugna por retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio declarado ineficaz no hubiera existido; es decir, su declaratoria produce efectos *ex tunc -desde siempre-*, y no *ex nunc -desde ahora-*.

Colofón de lo anterior, por constituir el criterio mayoritario, ese sí, una afrenta al principio constitucional de sostenibilidad financiera, puesto que, al denegar la devolución indexada de los referenciados emolumentos, restringe la fuente de financiación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida para el futuro reconocimiento prestacional en provecho del afiliado, supuesto que conlleva a la materialización del déficit presupuestal aducido por Colpensiones, manifiesto que salvo parcialmente mi voto, toda vez que, con la postura mayoritaria, se estaría apoyando una decisión que considero injusta para con el Sistema General de la Seguridad Social en Pensiones.

Fecha ut supra.



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



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

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUZ MARINA SÁNCHEZ HERNÁNDEZ contra COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y como litis consorte necesario la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROVENIR S.A. Radicación No. 11001-31-05-005-2019-00583-01

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticinco (2025); se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022; con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta entidad, contra la sentencia del 10 de abril de 2024, proferida por el Juzgado Quinto (5) Laboral del Circuito de Bogotá.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente sentencia:

SENTENCIA

La demandante, por intermedio de su apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas anteriormente referidas, solicitando que se declare la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS de la demandante.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se condena la demandada a trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado en su cuenta de ahorro individual, el bono pensional, los rendimientos y demás sumas de dinero recaudadas desde el tiempo de vinculación hasta la fecha en que se traslade a Colpensiones. Y correlativamente, se ordene a Colpensiones a recibir la totalidad de lo ahorrado.

De igual forma solicita se orden a Colpensiones a reconocer y pagar en favor de la actora la pensión de vejez a partir del momento en que cumpla con la edad, la condena ultra y extra petita y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones expone que la actora nació el 28 de septiembre de 1965 y se afilió al ISS y efectuó cotizaciones en dicho instituto entre el 17 de julio de 1986 y el 31 de diciembre de

1994, para un total de 60.43 semanas. Que posteriormente, un asesor de la AFP horizonte visitó las instalaciones del Seguro Social en donde laboraba brindándole una información errada e insuficiente a fin de cambiarla de régimen pensional. Indica que en 1998 se trasladó a Porvenir, que el 01 de mayo de 2000 su empleador se afilió a la AFP Colfondos.

Expone además que la suscripción del formulario de afiliación de Colfondos se dio bajo la modalidad de engaño, argucias y falta de información, y que no se brindó toda la información relevante ni se realizó una proyección de la mesada pensional.

Por último, afirma que elevó solicitudes ante Colfondos y Colpensiones, y que esta última entidad dio respuesta negativa.

Actuación procesal

Prevía subsanación de las falencias señaladas por el Despacho, el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 22 de enero de 2021 y se ordenó la vinculación de Porvenir S.A. como litis consorte necesario, y la notificación de las convocadas a juicio, así como, así como de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Cumplido lo anterior, Colpensiones, Colfondos y Porvenir contestaron la demanda en los términos del archivo 09, 11 y 14 respectivamente del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 10 de abril de 2024 resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de traslado de régimen pensional de prima media al de ahorro individual, realizada por la señora LUZ MARINA SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, a través de PORVENIR S.A.

SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., que traslade a COLPENSIONES el valor las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y porcentaje de garantía de pensión mínima; y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante procediendo a actualizar su historia laboral.

TERCERO: COSTAS a cargo de PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., fíjense como agencias en derecho la suma de tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo de cada una.

CUARTO: En caso de que este fallo no fuere apelado, consúltese a favor de COLPENSIONES.

Para adoptar esta decisión, el operador de instancia afirma que la Corte Suprema de Justicia en su sala de casación laboral ha venido creando una línea jurisprudencial desde 2008 y hasta 2019, en donde se abordan varios problemas jurídicos que abarcan el tema que nos ocupa, y aclaró que el caso debía analizarse desde la figura de la ineficacia y no desde la nulidad como lo planteaba la parte actora.

En primer lugar, con respecto a la excepción de prescripción, expuso que no es dable declararla probada en este tipo de casos dada la estrecha relación que existe entre esta problemática y el derecho irrenunciable a la seguridad social establecido en el artículo 48 de la Constitución Política. Y seguido precisó que una pensión en fondo privado depende de las reglas del mercado, siendo eso así, una característica esencial del mercado es su riesgo.

Luego indicó que para el momento del traslado d la actora, ya se encontraba vigente el deber normativo de información, como lo es el decreto 720 de 1994, en su artículo 12 que habla de un verdadero consentimiento cualificado con amplitud, suficiencia y oportunidad, situación que no se evidencia en el proceso.

Consecuente con lo anterior, determinó que los formularios de afiliación que obran en el proceso no se discuten fueron suscritos. Sin embargo, aseguró que estos documentos no son pruebas conducentes a la hora de demostrar el consentimiento cualificado, únicamente muestra los datos básicos de la trabajadora y de sus eventuales beneficiarios, pero no se indica que se le brindara información de este régimen.

Por otro lado, refirió que tampoco es necesario que la actora sea beneficiaria del régimen de transición, ya que todos los ciudadanos deben recibir el mismo nivel de información, independientemente de la situación en la que se encuentren.

Por último, indicó que en su criterio no había lugar a la devolución de los gastos de administración y las primas de seguro previsional.

Recurso de Apelación y grado jurisdiccional de consulta.

El apoderado de Colpensiones presentó recurso de alzada en contra de la sentencia de primera instancia, indicando que la demandante se encuentra inmersa en la prohibición legal de trasladarse prevista en el artículo 2 de la Ley 797 del 2003, y que se encuentra a 10 años o menos para cumplir ese requisito para llegar a la pensión de vejez, afirmando que dicha norma no ha sido declarada en ese equilibrio por la Corte Constitucional y su aplicación de ninguna manera conoce un talante o un tenor prescriptivo o extintivo de derecho.

Adicionalmente indica que la falta al deber de información aducida por la actora debe estar soportada y probada más allá de la inversión de la carga de la prueba, afirmando que la parte demandante no puede sostener sus argumentos en cuestiones genéricas.

Por último, indica que Colpensiones se vinculó la proceso como un tercero de buena fe, siendo llamada a responder por actos jurídicos de terceros, e indica que la *“desfinanciación del sistema es evidente”*

En igual sentido, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Admitido el recurso de apelación con auto del 21 de agosto de 2024 por esta Corporación, se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por los recurrentes en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Así mismo se estudiará en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver consisten en: i) Determinar si efectivamente existió una ineficacia en el momento del traslado de la accionante del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al régimen de ahorro individual (RAIS), como consecuencia de la falta de información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, para así escoger la mejor opción para su caso particular; ii) establecer si resulta improcedente la declaratoria de ineficacia dado a que la actora se encuentra inmersa en la prohibición de la que trata el artículo 2 de la Ley 797 de 2003; iii) si se acreditó una desfinanciación del sistema y por último, iv) determinar si es inviable la condena a la demandada en virtud a que es un tercero de buena fe.

De la ineficacia del traslado

Para la resolución de este asunto, debe considerarse que las AFP tienen un deber legal de suministrar a sus potenciales afiliados información objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Este deber existía desde la creación del sistema de seguridad social integral, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL 1452-2019, SL 1688-2019, SL 1689-2019, SL 4426-2019, SL 3464-2019, SL 4360- 2019, SL 2611-2020, SL 4806-2020 y SL 373-2021).

En el referido artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se recalcó la importancia del deber de información de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria hoy Superfinanciera, incluyendo naturalmente a las Administradoras de Fondo de Pensiones, al contemplar textualmente que *"Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado"*.

Así mismo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra las obligaciones de los promotores en los siguientes términos: *"Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado"*.

De igual manera, debe considerarse que la suscripción de un formulario por parte del afiliado, que pueda o no, contener afirmaciones en el sentido de indicar que la afiliación se realiza de forma libre y voluntaria, no liberan a las AFP de su obligación de brindar información completa, objetiva y comparada de los distintos regímenes pensionales y las consecuencias asociadas al traslado entre ellos. A lo sumo, estas expresiones acreditan un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (SL 4964 de 2018, SL 4964 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3193 de 2023).

De suerte que, para la Sala, no cabe duda en cuanto a la existencia de un compendio normativo que obligaba a las administradoras de pensiones a informar en el momento del traslado, en forma, clara, completa, objetiva, veraz y transparente acerca de las características de ambos regímenes. Sobre este punto en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en la sentencia SL 1688 de 2019 con radicado No.68838, precisó desde cuándo se encontraba en cabeza de esas administradoras de pensiones, esa obligación probatoria en los siguientes términos:

“Desde este punto de vista, para la Corte es claro que, desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»”.

Descendiendo al caso bajo estudio, será necesario remitirse a las pruebas obrantes en el expediente, pues se trata de una cuestión eminentemente fáctica y jurídica. Encontrando que se aportó al expediente el formulario de afiliación a la Porvenir S.A., del 01 de junio de 1998 (folio 25 archivo 14 expediente digital), en el que se registró la firma de un asesor comercial o ejecutivo de cuenta, sin que se encuentre acreditado que ese asesor brindó la información completa e informada sobre el traslado a la trabajadora, pues ninguna prueba se aportó en tal sentido. Con lo cual no existe prueba en el expediente que demuestre, más allá de toda duda razonable que al menos en esta oportunidad la afiliada hubiera recibido la información adecuada, suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa, que le permitiera decidir libremente el régimen al que quería estar afiliada.

Por otro lado, también se debe tener presente que la doctrina del precedente vertical en la sentencia del 09 de septiembre del año 2008, radicado 31989, ya había definido que la suscripción libre y voluntaria de ese formulario no era suficiente para dar cumplimiento a ese deber de información. Posición que fuera repetida también en forma pacífica por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la Sentencia del 03 de abril de 2019 en los siguientes términos:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado”.

Incluso en providencias más próximas a la fecha, se ha mantenido inmutable la postura de la Sala, ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia SL 397 del 1 de marzo de 2023 en la que se afirmó:

“En cuanto a la suscripción de uno o varios formularios de afiliación (f.º59), se encuentra adoctrinado que son insuficientes para demostrar que la decisión de traslado estuvo precedida por una ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Tampoco es admisible sostener que la simple rúbrica impuesta en el formulario, en señal de asentimiento, pueda suplir la información que deben brindar las administradoras (entre otros fallos se cita CSJ SL SL1688-2019)”.

En otro giro, frente al interrogatorio de parte rendido por la demandante en la audiencia celebrada el 10 de abril de 2024, visible en el archivo 19 del expediente virtual, la Sala avizora que esta no se puede tener como confesión en favor de las demandadas. En dicho medio probatorio únicamente declara, que estuvo filiada al seguro social antes de ser profesional, posteriormente cuando entró a trabajar como médico, al llegar a su sitio de trabajo le entregaron formularios para que los llenara, limitándose la actora a diligenciar estos formularios para salud, para pensión y para la caja de compensación, expresando de forma coloquial que simplemente los llenó. Es por ello que, del análisis del interrogatorio de parte de la demandante, no se acredita ninguno de los elementos para considerar que se reunieron los requisitos del artículo 191 numeral segundo para ser considerado como medio de prueba de confesión.

En igual sentido, resulta esencial y de gran relevancia mencionar el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024. Frente al cual la Sala, decide adoptarlo en adelante. Por lo cual, se ha de recordar que en esta decisión, el máximo tribunal constitucional delineó una serie de reglas para el análisis probatorio relacionado con los casos de ineficacia del traslado de los afiliados que cambiaron de régimen pensional al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad entre los años 1993 y 2009. Sobre este aspecto, se dispuso que tales procesos deben regirse exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y el Código General del Proceso, con el objetivo de garantizar el debido proceso. Estas directrices comprenden varias pautas esenciales:

Primero, el juez debe evaluar si el afiliado comprendía las consecuencias de su traslado al (RAIS), conforme a lo dispuesto en los artículos 13 de la Ley 100 de 1993 y 97 del Decreto 663 de 1993. Esto incluye verificar si los asesores de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) informaron adecuadamente sobre los riesgos asociados, las posibilidades de realizar cotizaciones adicionales, las consecuencias de no reunir el capital mínimo requerido para la pensión, la garantía de la pensión mínima y la devolución de saldos.

Asimismo, el juez debe permitir y considerar todas las pruebas necesarias, pertinentes y conducentes, ya sean solicitadas por las partes o requeridas de oficio, conforme al artículo 161 del CGP. Estas pruebas pueden comprender declaraciones, confesiones, testimonios, peritajes, inspecciones judiciales, documentos e indicios.

Además, las pruebas documentales deben ser evaluadas en conjunto con las demás pruebas del expediente. Por ejemplo, los formularios de afiliación, que suelen contener declaraciones sobre la decisión libre y espontánea del traslado, no son suficientes por sí solos para absolver a las demandadas.

En ausencia de pruebas directas, el juez puede recurrir a interrogatorios para esclarecer las circunstancias en que se prestó, o no, la información relevante. Los testimonios de personas que recibieron asesoría conjunta pueden ser fundamentales para determinar la veracidad de los hechos alegados.

Las pruebas indiciarias también deben ser analizadas en conjunto con otros elementos probatorios, de acuerdo con los artículos 176 y 242 del CGP.

Aunque la inversión de la carga de la prueba no debe ser una regla obligatoria, el juez puede, de manera excepcional, invertir la carga de la prueba en casos donde la demandante se encuentre en la imposibilidad de probar los hechos que sustentan sus pretensiones. Esta medida se fundamenta en el artículo 167 del CGP y en la necesidad de proteger al afiliado de una imposición desproporcionada de cargas probatorias que vulneren su derecho al debido proceso y acceso a la justicia.

Con todo lo anterior, la Sala advierte que en el expediente no existe un solo elemento de convicción distinto al formato de vinculación que demuestre que la Porvenir S.A. dio información transparente y completa a la afiliada sobre las características de ambos regímenes pensionales y las implicaciones inherentes de pertenecer a uno u otro al momento en que la demandante suscribió el formulario de afiliación. Lo que conduce a esta Sala a confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado que efectuó la demandante el 01 de junio de 1998, como lo determinó el *a quo*.

De la prohibición del artículo 2 de la Ley 797 de 2003:

Continuando con el análisis, en este punto debe indicarse que el efecto jurídico de la ineficacia consiste en retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz (SL2877-2020 y SL5595-2021), de suerte que, la consecuencia de dicha declaratoria no se encuentra supeditada a restricción prevista en el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, pues su efecto se produce en virtud de la literalidad del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, y así quedó fijado el litigio. Por tanto, desde ya se precisa que la inconformidad esbozada por el recurrente no está llamada a prosperar.

Ahora bien, en cuanto al tiempo de permanencia en el RAIS y al hecho de que la actora no se hubiese trasladado al RPM antes de que le faltaren 10 años para alcanzar la edad para pensionarse, lo cierto es que ni el tiempo de permanencia en el RAIS ni los eventuales traslados realizados entre fondos; ni el hecho de no haberse trasladado el afiliado al régimen de prima media con prestación definida dentro del término legal, convalida la actuación irregular que genera la ineficacia, por ser hechos ocurridos con posterioridad a la fecha de traslado de régimen pensional, ya que el que presentó la irregularidad que genera la ineficacia, tal como lo tiene adoctrinado la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia adiada el 02 de marzo de 2022 bajo radicado SL1055-2022, MP Iván Mauricio Lenis Gómez, mediante la cual se aclaró:

“Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. (...)”

Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.

Por otra parte, la Sala de Descongestión No.3 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia recientemente reiteró:

“Ahora, en este punto la Corte no pasa inadvertido que el Tribunal concluyó que el traslado fue voluntario pues la actora se afilió a otras administradoras del mismo régimen pensional, lo cual respalda Colpensiones bajo la teoría de los actos de relacionamiento que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer en el RAIS y, a su vez, la recurrente critica al indicar que el estudio de la acción de ineficacia debe centrarse simplemente en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial, sin que la afiliación misma suponga que ello se acató.

Pues bien, la postura del Tribunal es contraria a la que ha adocinado la Corte en su jurisprudencia, que sobre este punto tiene un carácter consolidado y reiterado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021). En estas providencias se ha señalado claramente que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras privadas de este esquema. (CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5688-2021)

Para finalizar, en nada modifica la situación el número de años de permanencia de la actora en el RAIS y menos implica que el traslado se haya formalizado con su consentimiento informado.”

De los valores a devolver:

Ahora bien, respecto a los valores a devolver, en primera medida, esta Sala debe indicar que la jurisprudencia emitida por parte de la CSJ, al referirse a los efectos de la ineficacia, como la sentencia SL 1535 del 10 de mayo de 2022 señaló que *“es pertinente recordar que se contraen a la devolución de todos los dineros que el fondo hubiera recibido, entre otros, por concepto de las cotizaciones y los bonos pensionales —si fuere el caso—, además de los rendimientos financieros que se hubieren*

causado, y las cuotas de administración, pues no puede trasladarse una suma inferior a la realmente ahorrada. Lo anterior, bajo la ficción jurídica de que el actor nunca se movió al RAIS o, lo que es igual, que siempre estuvo afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones.”

Sin embargo, tampoco se puede pasar por alto lo que sobre este tema ha indicado la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024, **que es de obligatorio cumplimiento para los operadores judiciales**, que, en cuanto al principio de sostenibilidad financiera, indicó en los casos en que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, sólo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual. Señaló además que no es factible ordenar el traslado de los valores pagados por concepto de primas de seguros de seguros previsionales, gastos de administración y porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, ni tampoco que dichos valores fueran reconocidos de forma indexada, señalando textualmente: *“En suma, ni las primas de seguros, los gastos de administración, o el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ya sea de forma individual, combinada o indexada son susceptibles de devolución o traslado al configurar situaciones que se consolidaron en el tiempo y que no se pueden retrotraer por el simple hecho de declarar la ineficacia del traslado pensional.”*

La Corte Constitucional, en los acápites de consideraciones de su decisión, en primer lugar, expuso que, en relación con las modalidades de devolución, la Corte aclaró que, materialmente, a pesar de que se declare la ineficacia del traslado, no es posible retrotraer al afiliado al día previo al traslado. Solamente es susceptible de traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y, si se ha pagado, el valor de un bono pensional. Esto se debe a que no toda la cotización es apta para ser trasladada, ya que el aporte se desglosa en primas de seguros, gastos de administración y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Además, no sería posible devolver los aportes voluntarios realizados por el afiliado mientras estuvo en el RAIS, ya que estos implicaron beneficios tributarios para la declaración de renta, la compra de acciones u otro tipo de inversiones, constituyendo situaciones que se consolidaron en el tiempo.

En segundo lugar, respecto a las primas de seguros y el riesgo que estas amparan, la Corte recordó que, mes a mes, se paga el respectivo seguro para cubrir el riesgo de invalidez o muerte. En la Sentencia SU-313 de 2020, se explicó que de la cotización obligatoria del 16%, la Administradora de Fondos Pensionales debe destinar un 11,5% a la cuenta individual del afiliado, un 1,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y un 3% al financiamiento de los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. El seguro previsional que contratan las administradoras del RAIS debe ser colectivo y pagarse obligatoriamente, garantizando así la cobertura adecuada en caso de invalidez o muerte.

En cuanto a los gastos de administración, aunque no se tiene un pronunciamiento expreso en pensiones, la Corte ha sostenido que es legítimo desde el punto de vista constitucional que los particulares que participan en el sistema general de seguridad social en salud sean recompensados por los gastos de administración en los que incurren, siempre y cuando no se afecte el derecho fundamental de los usuarios a un servicio de calidad, oportuno y eficiente. Esta misma lógica se aplica a los gastos de administración en pensiones, los cuales tienen un impacto incluso en la determinación del fondo al que pertenece un afiliado. En la Sentencia T-266 de 2023, la Corte protegió los derechos

de una afiliada a la que se le negó el traslado por no estar en el aplicativo de traslados, operando en este caso la figura de la afiliación tácita.

Por otro lado, en la Sentencia C-687 de 2017, la Corte analizó una demanda de inconstitucionalidad que cuestionaba la contribución al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, alegando que dicha financiación no era retribuida al afiliado y constituía un enriquecimiento sin causa. Aunque la Corte se declaró inhibida, destacó que la cotización en el RAIS no sólo nutre la cuenta de ahorro individual, sino también un componente de solidaridad, siendo así reconocidas numerosas pensiones de vejez bajo la Garantía de Pensión Mínima.

Por los anteriores argumentos, esta Sala de decisión ha adoptado esta nueva postura, entendiendo que, con la declaración de ineficacia, la AFP deberá devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, los ahorros de la cuenta individual del afiliado, los rendimientos financieros y el bono pensional, dejando atrás cualquier criterio anterior.

No obstante, lo anterior, dado que las demandadas Colfondos y Porvenir no formularon inconformidad alguna en contra de los conceptos que se ordenaron devolver, en virtud del principio de ***non reformatio in pejus***, no es posible imponer una condena más gravosa para Colpensiones. Por esta razón, no se suprimirá ninguno de los conceptos que el operador judicial de primera instancia determinó deben ser restituidos por los fondos demandados.

Colpensiones como tercero de buena fe:

Ahora bien, respecto a la inconformidad planteada por el apoderado de Colpensiones sobre la no participación de Colpensiones en el traslado de régimen pensional, es preciso señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido de manera pacífica y reiterada que la declaratoria de ineficacia implica el retorno al *statu quo*. Esto significa que la situación debe retrotraerse al estado en que se encontraría si el acto nunca hubiera existido (CSJ SL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL373-2021 y CSJ SL5688-2021). En particular, en la sentencia SL2877-2020, la Corte precisó lo siguiente:

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

(...)

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado la accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de

tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal”

De este modo, a pesar de que es claro que el otrora Instituto de los Seguros Sociales, ni tampoco Colpensiones, interfirieron en el traslado de régimen pensional de la promotora de este juicio, situación que no se discute en el sub judice; en virtud de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen de la demandante, resulta imperioso ordenar su retorno al Régimen pensional a la que se encontraba afiliada antes de este traslado, siendo este el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que actualmente es administrado por Colpensiones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007. Por consiguiente, no existe error alguno en la interpretación de la a quo sobre este aspecto.

Sostenibilidad Financiera

Por otro lado, en cuanto a la inconformidad planteada por el apoderado de Colpensiones respecto a una posible afectación a la sostenibilidad del RPMPD, es preciso señalar que la Corte Constitucional, en la sentencia SU107-2024, hizo solo una breve mención al respecto, sin pronunciarse de manera expresa sobre: i) si la declaratoria de ineficacia del traslado impacta la sostenibilidad financiera del sistema y ii) si dicha hipotética afectación podría impedir que el juez ordinario declare la ineficacia cuando se demuestre que no se brindó la debida asesoría en el momento del traslado de régimen pensional. Ante este panorama, no queda más alternativa que continuar acogiendo los lineamientos establecidos en forma reiterada y pacífica por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En este sentido, respecto a la sostenibilidad del sistema financiero se encuentra que ya se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicando que dicho principio constitucional no se ve afectado con la declaratoria de ineficacia del traslado, dado a que como se señaló previamente, la AFP tiene el deber de restituir los valores recibidos por concepto de la afiliación del accionante con todos sus frutos, con lo cual se compensan las cotizaciones que debió efectuar el actor en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y se financia la pensión a recibir, indistintamente si se han cotizado en un fondo público o en una cuenta de ahorro individual.

Así lo señaló la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, precisando:

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

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

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

Lo anterior también ha sido reiterado en sentencias posteriores como la SL1440-2021 y la SL1497-2022, en esta última con toda claridad la Corte precisó: *“Tampoco se atenta contra la sostenibilidad financiera del Sistema, en la medida en que la ley dispone las fuentes de financiamiento de las prestaciones económicas que éste reconoce y, en todo caso, la ineficacia comporta unos efectos que pasan a explicarse más adelante, lo que supone, entre otras cosas, que la totalidad del ahorro pensional efectuado, con los elementos que lo integran, pasen de la AFP a la administradora del Régimen de Prima Media.”.*

En virtud de los anteriores argumentos, se ratificará en su totalidad la sentencia proferida por el *a quo*.

En los anteriores términos quedan resueltos el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación presentado por la demandada Colpensiones.

COSTAS

Sin costas o agencias en derecho en esta instancia.

DECISIÓN

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 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de abril de 2024.

SEGUNDO: Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado

(Salva voto)

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Luz Marina Sánchez Hernández

Demandados: Colpensiones, Colfondos S.A., y Porvenir S.A.

Radicado: 110013105005-2019-00583-01

Señores partes en el proceso, distinguidos compañeros de Sala de Decisión, comunidad jurídica en general:

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por esta Corporación, tratando de exponer sencilla y sintéticamente los motivos de mi salvamento parcial de voto, a continuación, resumo los argumentos por los cuales no comparto la razón de decidir acogida en la providencia mayoritariamente aprobada en lo que concierne a la no devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y prima de seguros previsionales debidamente indexadas:

De conformidad con lo decantado por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia SU 107 de 2024, es criterio mayoritario de esta Sala de decisión decretar la improcedencia de la devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y primas de seguros previsionales debidamente indexadas, en el entendido que, al configurarse

la disposición de los aludidos emolumentos situaciones jurídicas consolidadas, se encuentra vedado su devolución por el solo hecho de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

Sin embargo, considera quien ahora escribe que el enunciado raciocinio desconoce los efectos jurídicos de las acciones judiciales de “*ineficacia*” habida cuenta que, en su sentido estricto, la referida institución normativa propugna por retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio declarado ineficaz no hubiera existido; es decir, su declaratoria produce efectos *ex tunc -desde siempre-*, y no *ex nunc -desde ahora-*.

Colofón de lo anterior, por constituir el criterio mayoritario, ese sí, una afrenta al principio constitucional de sostenibilidad financiera, puesto que, al denegar la devolución indexada de los referenciados emolumentos, restringe la fuente de financiación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida para el futuro reconocimiento prestacional en provecho del afiliado, supuesto que conlleva a la materialización del déficit presupuestal aducido por Colpensiones, manifiesto que salvo parcialmente mi voto, toda vez que, con la postura mayoritaria, se estaría apoyando una decisión que considero injusta para con el Sistema General de la Seguridad Social en Pensiones.

Fecha ut supra.



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



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

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR YOLANDA ARDILA MORALES contra la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A, y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES. Radicación No. 11001-31-05-007-2022-00305-01

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticinco (2025); se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022; con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta entidad, contra la sentencia del 17 de julio de 2024, proferida por el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente sentencia:

SENTENCIA

La demandante, por intermedio de su apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas anteriormente referidas, solicitando que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional de la demandante efectuada a través del formulario de afiliación N° 6190259 del 7 de febrero de 2003 de la AFP Santander (Hoy AFP Protección),

Como consecuencia de lo anterior, solicita condenar a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones los aportes de la demandante con los rendimientos financieros y gastos de administración, y correlativamente se ordene a Colpensiones a recibir a la actora en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida *“como si nunca se hubiera trasladado”*.

Por último, solicita la condena ultra y extra petita y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones expone que la actora nació el 8 de febrero de 1971 y se afilió al Sistema General de Pensiones en junio de 1990, comenzando a cotizar con el Seguro

Social. Posteriormente el 07 de febrero de 2003, los asesores de la AFP Santander (hoy AFP Protección) le ofrecieron trasladarse al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, asegurándole que sería más beneficioso sin realizar un estudio previo de su situación.

Señala que el asesor de la AFP Santander no estudió ni validó la situación del poderdante, omitiendo información crucial sobre las características y consecuencias del traslado de régimen pensional. Y que esta falta de análisis y comunicación adecuada llevó a la accionante a firmar el formulario de afiliación para el cambio de régimen el 7 de febrero de 2003.

Señala que la actora cumplía con los requisitos de edad y semanas el 08 de febrero de 2023, sin embargo, afirma que la mesada pensional de la demandante en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad no es lo que le prometieron que iba a ser en relación con la que recibiría si nunca se hubiera trasladado de régimen pensional.

Por último, indica que agoró la reclamación administrativa ante Colpensiones y que la misma contestó de forma negativa.

Actuación procesal

El Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 07 de octubre de 2022, y ordenó la notificación de las demandadas, así como de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Cumplido lo anterior, Protección S.A. y Colpensiones contestaron la demanda en los términos del archivo 12 y 16 del expediente digital, respectivamente.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 17 de julio de 2024 resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por la señora YOLANDA ARDILA MORALES con la AFP SANTANDER hoy PROTECCION el del 7 de febrero de 2003.

SEGUNDO: CONDENAR a PROTECCIÓN S.A., a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora YOLANDA ARDILA MORALES dineros que deben incluir todos los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como su afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a la señora demandante desde su afiliación inicial al instituto de Seguros Sociales ISS.

CUARTO: SE DECLARAN NO PROBADAS las excepciones propuestas por COLPENSIONES y PROTECCIÓN, exceptuándose las excepciones que dependen de la aplicación de la sentencia SU 107 de 2024, en cuanto a la devolución de los recursos que se ordenaban con anterioridad, con fundamento a las sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte suprema de Justicia, en protección de la sostenibilidad financiera del fondo privado de pensiones.

QUINTO: Las costas son a cargo de a Colpensiones y Protección y a favor de la demandante. Las agencias en derecho se tasan a favor de la señora 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 que el superior revise la legalidad de lo decidido.

Para adoptar esta decisión, el operador de instancia citó varias jurisprudencias de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, y expuso que, desde la creación de los fondos privados de pensiones (AFP) con la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, las administradoras de fondos de pensiones tienen la obligación de brindar a los trabajadores información clara, completa y precisa sobre las opciones y consecuencias de su régimen pensional.

Indicó que, conforme a la sentencia de la Corte Constitucional SU107-2024, existía una libertad probatoria y que no podía imponerse únicamente la inversión de la carga de la prueba. Preciso además que no basta con que la demandante asegure que no se le brindó la información suficiente; también debe acreditar que cumplió con ciertas cargas impuestas por la legislación vigente.

Sin embargo, expuso que, durante el proceso, no se aportaron pruebas suficientes que demostraran que la AFP Santander (hoy Protección) brindó la información necesaria a la demandante en el momento del traslado. Indicando que, la única prueba presentada fue el formulario de afiliación, el cual, en criterio del *a quo*, no es suficiente para acreditar que la demandante fue informada adecuadamente sobre las consecuencias del cambio de régimen.

Aseveró que la falta de información adecuada impidió que la demandante ejerciera su derecho a una afiliación libre e informada. Y que según el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, cualquier violación a este derecho hace que la afiliación respectiva sea ineficaz

Adicionalmente, acogiendo el criterio de la Corte Constitucional, aunque se declaró la ineficacia del traslado, el juez señaló que no es posible retrotraer todas las condiciones al momento previo al traslado debido a la sostenibilidad financiera del sistema.

Finalmente, precisó que solo es susceptible de traslado el saldo de la cuenta de ahorro individual, los rendimientos y, en caso de haber sido pagado, el valor del bono pensional.

Empero, el *a quo* aseveró que no son susceptibles de traslado las primas de los seguros previsionales, los gastos de administración, ni el porcentaje correspondiente al fondo de garantía de pensión mínima (ya sea de forma individual, combinada o indexada), inclusive tampoco deben devolverse los aportes voluntarios, afirmando frente a todos estos valores, que se trata de situaciones que se consolidaron con el tiempo y no pueden retrotraerse únicamente por la declaración de ineficacia del traslado.

Recurso de Apelación y grado jurisdiccional de consulta.

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación en contra de la decisión de primera instancia, en primer lugar, formulando inconformidad respecto a la decisión de no ordenar la devolución de los gastos de administración y las primas de seguros previsionales, señalando que dichos montos debían ser descontados en virtud del principio de sostenibilidad financiera.

Para sustentar este primer punto, expone que, al declarar la ineficacia del traslado, se debe restituir la situación al estado original. Esto implica que todos los valores correspondientes al tiempo en que la demandante no estuvo afiliada deben ser retornados al Régimen de Prima Media. Sin embargo, dado que la actora no contribuyó a financiar el sistema pensional durante ese período, no ordenar la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales generaría un detrimento para la entidad.

En segundo lugar, se duele frente a la condena en costas impuesta a la entidad, argumentando que Colpensiones es un tercero de buena fe en este proceso, que no incidió en el traslado de la accionante, y que, si bien manifestó oposición, la misma se hizo bajo la limitante de estado que impone la Ley 100 de 1993.

De igual forma se estudiará el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta entidad.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Admitido el recurso de apelación con auto del 21 de agosto de 2024 por esta Corporación, se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por los recurrentes en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Así mismo se estudiará en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, de conformidad con lo establecido en el

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

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver consisten en: i) Determinar si efectivamente existió una ineficacia en el momento del traslado de la accionante del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al régimen de ahorro individual (RAIS), como consecuencia de la falta de información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, para así escoger la mejor opción para su caso particular; ii) Si en virtud de la declaratoria de unificada, debe condenarse a Protección S.A. a trasladar en favor de Colpensiones, el porcentaje destinado a las primas de seguros previsionales y el fondo de garantía de pensión mínima; y por último, iii) si debe absolverse a Colpensiones de la condena en costas impuesta por el *a quo*.

De la ineficacia del traslado

Para la resolución de este asunto, debe considerarse que las AFP tienen un deber legal de suministrar a sus potenciales afiliados información objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Este deber existía desde la creación del sistema de seguridad social integral, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL 1452-2019, SL 1688-2019, SL 1689-2019, SL 4426-2019, SL 3464-2019, SL 4360-2019, SL 2611-2020, SL 4806-2020 y SL 373-2021).

En el referido artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se recalcó la importancia del deber de información de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria hoy Superfinanciera, incluyendo naturalmente a las Administradoras de Fondo de Pensiones, al contemplar textualmente que *"Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado"*.

Así mismo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra las obligaciones de los promotores en los siguientes términos: *"Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado"*.

De igual manera, debe considerarse que la suscripción de un formulario por parte del afiliado, que pueda o no, contener afirmaciones en el sentido de indicar que la afiliación se realiza de

forma libre y voluntaria, no liberan a las AFP de su obligación de brindar información completa, objetiva y comparada de los distintos regímenes pensionales y las consecuencias asociadas al traslado entre ellos. A lo sumo, estas expresiones acreditan un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (SL 4964 de 2018, SL 4964 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3193 de 2023).

De suerte que, para la Sala, no cabe duda en cuanto a la existencia de un compendio normativo que obligaba a las administradoras de pensiones a informar en el momento del traslado, en forma, clara, completa, objetiva, veraz y transparente acerca de las características de ambos regímenes. Sobre este punto en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en la sentencia SL 1688 de 2019 con radicado No.68838, precisó desde cuándo se encontraba en cabeza de esas administradoras de pensiones, esa obligación probatoria en los siguientes términos:

“Desde este punto de vista, para la Corte es claro que, desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»”.

Descendiendo al caso bajo estudio, será necesario remitirse a las pruebas obrantes en el expediente, pues se trata de una cuestión eminentemente fáctica y jurídica. Encontrando que se aportó al expediente el formulario de afiliación a l AFP Santander hoy Protección S.A, del 07 de febrero de 2003 (folio 21 archivo 12 expediente digital), en el que se registró la firma de un asesor comercial o ejecutivo de cuenta, sin que se encuentre acreditado que ese asesor brindó la información completa e informada sobre el traslado a la trabajadora, pues ninguna prueba se aportó en tal sentido. Con lo cual no existe prueba en el expediente que demuestre, más allá de toda duda razonable que al menos en esta oportunidad la afiliada hubiera recibido la información adecuada, suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa, que le permitiera decidir libremente el régimen al que quería estar afiliada.

Por otro lado, también se debe tener presente que la doctrina del precedente vertical en la sentencia del 09 de septiembre del año 2008, radicado 31989, ya había definido que la suscripción libre y voluntaria de ese formulario no era suficiente para dar cumplimiento a ese deber de información. Posición que fuera repetida también en forma pacífica por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la Sentencia del 03 de abril de 2019 en los siguientes términos:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o

aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado”.

Incluso en providencias más próximas a la fecha, se ha mantenido inmutable la postura de la Sala, ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia SL 397 del 1 de marzo de 2023 en la que se afirmó:

“En cuanto a la suscripción de uno o varios formularios de afiliación (f.º59), se encuentra adocinado que son insuficientes para demostrar que la decisión de traslado estuvo precedida por una ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Tampoco es admisible sostener que la simple rúbrica impuesta en el formulario, en señal de asentimiento, pueda suplir la información que deben brindar las administradoras (entre otros fallos se cita CSJ SL SL1688-2019)”.

En otro giro, frente al interrogatorio de parte rendido por la demandante en la audiencia celebrada el 14 de marzo de 2024, visible en el archivo 24 del expediente virtual, la Sala avizora que esta no se puede tener como confesión en favor de las demandadas. En dicho medio probatorio únicamente declara, que inicio a realizar cotizaciones en el ISS en 1990, que luego en febrero del año 2003 se acercó un asesor de Santander a la estación de servicio donde trabajaba sin una cita previa, y le propuso el cambio de fondo de pensiones del ISS para el fondo privado Santander; que la única explicación que le proporcionó era que el Seguro Social se había quebrado y que ella había perdido todas las semanas cotizadas. Señaló además que el asesor llevaba un talonario con formularios, que el mismo asesor diligenció dicho talonario, que la actora se limitó a firmarlo, asegurando que a los 3 días el asesor le regresó el formulario con un sello. También relató que la reunión duró aproximadamente 10 minutos pero que el asesor no le explicó nada, solamente le indicó que el seguro social “se había acabado”. Es por ello que, del análisis del interrogatorio de parte de la demandante, no se acredita ninguno de los elementos para considerar que se llenaron los requisitos del artículo 191 numeral segundo para ser considerado como medio de prueba de confesión.

En igual sentido, resulta esencial y de gran relevancia mencionar el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024. Frente al cual la Sala, decide adoptarlo en adelante. Por lo cual, se ha de recordar que en esta decisión, el máximo tribunal constitucional delineó una serie de reglas para el análisis probatorio relacionado con los casos de ineficacia del traslado de los afiliados que cambiaron de régimen pensional al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad entre los años 1993 y 2009. Sobre este aspecto, se dispuso que tales procesos deben regirse exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y el Código General del Proceso, con el objetivo de garantizar el debido proceso. Estas directrices comprenden varias pautas esenciales:

Primero, el juez debe evaluar si el afiliado comprendía las consecuencias de su traslado al (RAIS), conforme a lo dispuesto en los artículos 13 de la Ley 100 de 1993 y 97 del Decreto 663 de 1993. Esto incluye verificar si los asesores de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) informaron adecuadamente sobre los riesgos asociados, las posibilidades de realizar cotizaciones adicionales, las consecuencias de no reunir el capital mínimo requerido para la pensión, la garantía de la pensión mínima y la devolución de saldos.

Asimismo, el juez debe permitir y considerar todas las pruebas necesarias, pertinentes y conducentes, ya sean solicitadas por las partes o requeridas de oficio, conforme al artículo 161 del CGP. Estas pruebas pueden comprender declaraciones, confesiones, testimonios, peritajes, inspecciones judiciales, documentos e indicios.

Además, las pruebas documentales deben ser evaluadas en conjunto con las demás pruebas del expediente. Por ejemplo, los formularios de afiliación, que suelen contener declaraciones sobre la decisión libre y espontánea del traslado, no son suficientes por sí solos para absolver a las demandadas.

En ausencia de pruebas directas, el juez puede recurrir a interrogatorios para esclarecer las circunstancias en que se prestó, o no, la información relevante. Los testimonios de personas que recibieron asesoría conjunta pueden ser fundamentales para determinar la veracidad de los hechos alegados.

Las pruebas indiciarias también deben ser analizadas en conjunto con otros elementos probatorios, de acuerdo con los artículos 176 y 242 del CGP.

Aunque la inversión de la carga de la prueba no debe ser una regla obligatoria, el juez puede, de manera excepcional, invertir la carga de la prueba en casos donde la demandante se encuentre en la imposibilidad de probar los hechos que sustentan sus pretensiones. Esta medida se fundamenta en el artículo 167 del CGP y en la necesidad de proteger al afiliado de una imposición desproporcionada de cargas probatorias que vulneren su derecho al debido proceso y acceso a la justicia.

Con todo lo anterior, la Sala advierte que en el expediente no existe un solo elemento de convicción distinto al formato de vinculación que demuestre que la AFP Santander hoy Protección S.A. dio información transparente y completa a la afiliada sobre las características de ambos regímenes pensionales y las implicaciones inherentes de pertenecer a uno u otro al momento en que la demandante suscribió el formulario de afiliación. Lo que conduce a esta Sala a confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado que efectuó la demandante el 07 de febrero de 2003, como lo determinó el *a quo*.

De los valores a devolver:

Continuando con el análisis, procede este órgano colegiado a analizar el argumento del apoderado de Colpensiones, tendiente a que en virtud de la declaratoria de ineficacia del traslado debían devolverse los gastos de administración y el porcentaje destinado a las primas de seguros previsionales.

De este modo, en primera medida, como lo indicó la *a quo*, esta Sala debe indicar que la jurisprudencia emitida por parte de la CSJ, al referirse a los efectos de la ineficacia, como la sentencia SL 1535 del 10 de mayo de 2022 señaló que *“es pertinente recordar que se contraen a la devolución de todos los dineros que el fondo hubiera recibido, entre otros, por concepto de las cotizaciones y los bonos pensionales —si fuere el caso—, además de los rendimientos financieros que se hubieren causado, y las cuotas de administración, pues no puede trasladarse una suma inferior a la realmente ahorrada. Lo anterior, bajo la ficción jurídica de que el actor nunca se movió al RAIS o, lo que es igual, que siempre estuvo afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones.”*

Sin embargo, tampoco se puede pasar por alto lo que sobre este tema ha indicado la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024, **que es de obligatorio cumplimiento para los operadores judiciales**, que, en cuanto al principio de sostenibilidad financiera, indicó en los casos en que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, sólo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual. Señaló además que no es factible ordenar el traslado de los valores pagados por concepto de primas de seguros de seguros previsionales, gastos de administración y porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, ni tampoco que dichos valores fueran reconocidos de forma indexada, señalando textualmente: *“En suma, ni las primas de seguros, los gastos de administración, o el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ya sea de forma individual, combinada o indexada son susceptibles de devolución o traslado al configurar situaciones que se consolidaron en el tiempo y que no se pueden retrotraer por el simple hecho de declarar la ineficacia del traslado pensional.”*

La Corte Constitucional, en los acápites de consideraciones de su decisión, en primer lugar, expuso que, en relación con las modalidades de devolución, la Corte aclaró que, materialmente, a pesar de que se declare la ineficacia del traslado, no es posible retrotraer al afiliado al día previo al traslado. Solamente es susceptible de traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y, si se ha pagado, el valor de un bono pensional. Esto se debe a que no toda la cotización es apta para ser trasladada, ya que el aporte se desglosa en primas de seguros, gastos de administración y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Además, no sería posible devolver los aportes voluntarios realizados por el afiliado mientras estuvo en el RAIS, ya que estos implicaron beneficios tributarios para la declaración de renta, la compra de acciones u otro tipo de inversiones, constituyendo situaciones que se consolidaron en el tiempo.

En segundo lugar, respecto a las primas de seguros y el riesgo que estas amparan, la Corte recordó que, mes a mes, se paga el respectivo seguro para cubrir el riesgo de invalidez o muerte. En la Sentencia SU-313 de 2020, se explicó que de la cotización obligatoria del 16%, la Administradora de Fondos Pensionales debe destinar un 11,5% a la cuenta individual del afiliado, un 1,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y un 3% al financiamiento de los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. El seguro previsional que contratan las administradoras del RAIS debe ser colectivo y pagarse obligatoriamente, garantizando así la cobertura adecuada en caso de invalidez o muerte.

En cuanto a los gastos de administración, aunque no se tiene un pronunciamiento expreso en pensiones, la Corte ha sostenido que es legítimo desde el punto de vista constitucional que los particulares que participan en el sistema general de seguridad social en salud sean recompensados por los gastos de administración en los que incurren, siempre y cuando no se afecte el derecho fundamental de los usuarios a un servicio de calidad, oportuno y eficiente. Esta misma lógica se aplica a los gastos de administración en pensiones, los cuales tienen un impacto incluso en la determinación del fondo al que pertenece un afiliado. En la Sentencia T-266 de 2023, la Corte protegió los derechos de una afiliada a la que se le negó el traslado por no estar en el aplicativo de traslados, operando en este caso la figura de la afiliación tácita.

Por otro lado, en la Sentencia C-687 de 2017, la Corte analizó una demanda de inconstitucionalidad que cuestionaba la contribución al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, alegando que dicha financiación no era retribuida al afiliado y constituía un enriquecimiento sin causa. Aunque la Corte se declaró inhibida, destacó que la cotización en el RAIS no sólo nutre la cuenta de ahorro individual, sino también un componente de solidaridad, siendo así reconocidas numerosas pensiones de vejez bajo la Garantía de Pensión Mínima.

Por los anteriores argumentos, esta Sala de decisión ha adoptado esta nueva postura, entendiendo que, con la declaración de ineficacia, la AFP deberá devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, los ahorros de la cuenta individual del afiliado, los rendimientos financieros y el bono pensional, dejando atrás cualquier criterio anterior.

En estas circunstancias, es necesario enfatizar en que en el numeral octavo de la sentencia SU 107 de 2024, la Corte Constitucional dispuso los efectos inter pares de la providencia, señalando textualmente:

*“**EXTENDER**, con efectos inter pares y de inmediato cumplimiento, las reglas expuestas en esta providencia a todas las demandas que estén en curso ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral ya sea en primera, segunda instancia o en sede de*

casación, como también las que se tramiten mediante acción de tutela y cuya pretensión, principal o subsidiaria, esté dirigida a que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.”

De igual forma, frente a los efectos inter pares, vale traer a colación la sentencia SU349-2019, que de forma explicativa indicó:

“los efectos “inter pares” son aplicados por la Corte Constitucional en aquellos eventos en los que ésta resuelve un problema jurídico relacionado con la interpretación y/o aplicación de un marco normativo concreto, en un contexto fáctico específico. En estos eventos, se dispone que la resolución que ha dado al asunto debe ser asumida en los casos que, sin integrar necesariamente una misma comunidad, son o llegarán a ser semejantes.”

En este contexto, no existe yerro alguno por parte del operador judicial de primera instancia por cuanto las reglas de decisión establecidas por la Corte Constitucional en la sentencia de unificación plurimencionado, resulta de obligatorio cumplimiento para todos los jueces de a república.

Por consiguiente, y conforme a la postura de la Corte Constitucional, se ratificará la decisión del a quo respecto a los valores cuya devolución fue ordenada.

Colpensiones como tercero de buena fe:

Ahora bien, respecto a la inconformidad planteada por el apoderado de Colpensiones sobre la no participación de Colpensiones en el traslado de régimen pensional, es preciso señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido de manera pacífica y reiterada que la declaratoria de ineficacia implica el retorno al *statu quo*. Esto significa que la situación debe retrotraerse al estado en que se encontraría si el acto nunca hubiera existido (CSJ SL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL373-2021 y CSJ SL5688-2021). En particular, en la sentencia SL2877-2020, la Corte precisó lo siguiente:

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

(...)

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado la accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal”

De este modo, a pesar de que es claro que el otrora Instituto de los Seguros Sociales, ni tampoco Colpensiones, interfirieron en el traslado de régimen pensional de la promotora de este juicio, situación que no se discute en el sub judice; en virtud de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen de la demandante, resulta imperioso ordenar su retorno al Régimen pensional a la que se encontraba afiliada antes de este traslado, siendo este el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que actualmente es administrado por Colpensiones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007. Por consiguiente, no existe error alguno en la interpretación de la a quo sobre este aspecto.

Sostenibilidad Financiera

Por otro lado, en cuanto a la inconformidad planteada por el apoderado de Colpensiones respecto a una posible afectación a la sostenibilidad del RPMPD, es preciso señalar que la Corte Constitucional, en la sentencia SU107-2024, hizo solo una breve mención al respecto, sin pronunciarse de manera expresa sobre: i) si la declaratoria de ineficacia del traslado impacta la sostenibilidad financiera del sistema y ii) si dicha hipotética afectación podría impedir que el juez ordinario declare la ineficacia cuando se demuestre que no se brindó la debida asesoría en el momento del traslado de régimen pensional. Ante este panorama, no queda más alternativa que continuar acogiendo los lineamientos establecidos en forma reiterada y pacífica por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

En este sentido, respecto a la sostenibilidad del sistema financiero se encuentra que ya se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicando que dicho principio constitucional no se ve afectado con la declaratoria de ineficacia del traslado, dado a que como se señaló previamente, la AFP tiene el deber de restituir los valores recibidos por concepto de la afiliación del accionante con todos sus frutos, con lo cual se compensan las cotizaciones que debió efectuar el accionante el Régimen de Prima Media con Prestación

Definida y se financia la pensión a recibir, indistintamente si se han cotizado en un fondo público o en una cuenta de ahorro individual.

Así lo señaló la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, precisando:

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

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

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

Lo anterior también ha sido reiterado en sentencias posteriores como la SL1440-2021 y la SL1497-2022, en esta última con toda claridad la Corte precisó: *“Tampoco se atenta contra la sostenibilidad financiera del Sistema, en la medida en que la ley dispone las fuentes de financiamiento de las prestaciones económicas que éste reconoce y, en todo caso, la ineficacia comporta unos efectos que pasan a explicarse más adelante, lo que supone, entre otras cosas, que la totalidad del ahorro pensional efectuado, con los elementos que lo integran, pasen de la AFP a la administradora del Régimen de Prima Media.”.*

En virtud de los anteriores argumentos, el motivo de inconformidad esbozado por el recurrente no está llamado a prosperar.

De la condena en costas a las demandadas:

En lo que tiene que ver con la condena en costas impuesta por el juez de primera instancia, es preciso mencionar que, de acuerdo con el artículo 365 del C.G.P, dicha condena se genera para la parte vencida en los procesos en los que se presente controversia, como en el caso de marras, y así lo establece con toda claridad el numeral 1 del mencionado artículo, bajo el siguiente tenor literal:

“Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.”

En este orden, la disposición precitada contempla una obligación de orden procesal destinada a la parte que resulta vencida en el proceso, indistintamente de la naturaleza jurídica de la parte demandada, resultando en un imperativo legal. Por consiguiente, se confirmará lo dispuesto por la sentenciadora de primera instancia frente a las costas procesales.

En los anteriores términos quedan resueltos el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación presentado por la demandada Colpensiones.

COSTAS

Sin costas o agencias en derecho en esta instancia.

DECISIÓN

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 proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá el 17 de julio de 2024.

SEGUNDO: Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado

(Salva voto)

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Yolanda Ardila Morales

Demandados: Colpensiones y Protección S.A.

Radicado: 110013105007-2022-00305-01

Señores partes en el proceso, distinguidos compañeros de Sala de Decisión, comunidad jurídica en general:

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por esta Corporación, tratando de exponer sencilla y sintéticamente los motivos de mi salvamento parcial de voto, a continuación, resumo los argumentos por los cuales no comparto la razón de decidir acogida en la providencia mayoritariamente aprobada en lo que concierne a la no devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y prima de seguros previsionales debidamente indexadas:

De conformidad con lo decantado por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia SU 107 de 2024, es criterio mayoritario de esta Sala de decisión decretar la improcedencia de la devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y primas de seguros previsionales debidamente indexadas, en el entendido que, al configurarse

la disposición de los aludidos emolumentos situaciones jurídicas consolidadas, se encuentra vedado su devolución por el solo hecho de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

Sin embargo, considera quien ahora escribe que el enunciado raciocinio desconoce los efectos jurídicos de las acciones judiciales de “*ineficacia*” habida cuenta que, en su sentido estricto, la referida institución normativa propugna por retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio declarado ineficaz no hubiera existido; es decir, su declaratoria produce efectos *ex tunc -desde siempre-*, y no *ex nunc -desde ahora-*.

Colofón de lo anterior, por constituir el criterio mayoritario, ese sí, una afrenta al principio constitucional de sostenibilidad financiera, puesto que, al denegar la devolución indexada de los referenciados emolumentos, restringe la fuente de financiación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida para el futuro reconocimiento prestacional en provecho del afiliado, supuesto que conlleva a la materialización del déficit presupuestal aducido por Colpensiones, manifiesto que salvo parcialmente mi voto, toda vez que, con la postura mayoritaria, se estaría apoyando una decisión que considero injusta para con el Sistema General de la Seguridad Social en Pensiones.

Fecha ut supra.



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



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

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ALEXANDRA ARGUELLO SÁENZ
contra SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS
PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES
Radicación No. 11001-31-05-009-2022-00532-01

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticinco (2025); se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022; con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Porvenir y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia del 04 de julio de 2024 proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente sentencia:

SENTENCIA

La demandante Alexandra Arguello Sáenz, por intermedio de su apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas anteriormente referidas, solicitando que se declare que el traslado que hizo la actora del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual a través de Porvenir S.A. y es ineficaz, y por lo tanto se declare que para todos los efectos legales permaneció en el Régimen de Prima Media.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a Porvenir S.A. a que transfiera a Colpensiones todas las sumas de dinero que obra en la cuenta de ahorro individual junto con sus rendimientos, así como los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de pensión mínima y las comisiones, todos debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que la demandante estuvo afiliada a esa administradora. Y correlativamente se condena a Colpensiones a recibir los dineros que transfiera Porvenir.

De igual forma solicita la condena ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones el apoderado de la demandada, expone que la señora Alexandra Argüello Sáenz, nacida el 30 de julio de 1974, que inició su vida laboral el 13 de marzo de 1995, afiliándose al régimen de prima media administrado por el ISS (hoy Colpensiones), donde realizó aportes hasta el 30 de septiembre de 1998. Posteriormente, el 21 de agosto de 1998, diligenció el formulario de vinculación al Régimen de Ahorro Individual administrado por Porvenir S.A., donde permanece hasta la fecha.

Señala que la afiliación de la actora al Régimen de Ahorro Individual no fue precedida de una adecuada ilustración sobre las características y condiciones de los regímenes pensionales. Afirmando que el asesor de Porvenir S.A. le indicó que el ISS desaparecería, que sus aportes estaban en riesgo y que en el fondo privado la pensión sería más alta y podría pensionarse a la edad que quisiera. Sin embargo, al consultar una simulación de su pensión con un salario base de \$3.200.000, descubrió que las promesas del asesor eran falsas y que la pensión proyectada en la AFP era un 50% más baja que en el régimen de prima media.

Relata que el 2 de septiembre de 2022, la señora Alexandra Argüello Sáenz solicitó a Porvenir S.A. el traslado al régimen de prima media, y el 7 de septiembre de 2022, hizo lo mismo ante Colpensiones. Que ambas solicitudes fueron negadas, precisando que Porvenir S.A. respondió negativamente el 21 de septiembre de 2022, y Colpensiones hizo lo propio el 7 de septiembre de 2022.

Por último, la parte accionante alega que, de haber recibido información clara y suficiente sobre los beneficios y proyecciones de cada régimen, su decisión habría sido diferente.

Actuación procesal

Prevía subsanación de las falencias señaladas por el Despacho, El Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 25 de julio de 2023, y ordenó la notificación de las demandadas, así como de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Cumplido lo anterior Porvenir y Colpensiones contestaron la demanda en los términos de los archivos 06 y 07 del expediente, respectivamente.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 04 de julio de 2024 resolvió:

Primero. Declarar la ineficacia del traslado que realizó la demandante, Alexandra Arguello Sáenz del Régimen de Prima Media, administrado por Colpensiones, al RAIS, administrado por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., el 21 de agosto de 1998.

Segundo. Condenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y si se ha pagado el valor de un bono pensional, así como los porcentajes destinados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima con cargo a sus propias utilidades. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores,

junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

Tercero. Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a recibir de Porvenir S.A., todos los valores que le fueren trasladados, y abonarlos en el fondo común que administra, y con base en ello, convalidarlos en la historia laboral de la demandante las correspondientes semanas y reactivar su afiliación al RPM.

Cuarto. Declarar no probadas las excepciones formuladas por las demandadas.

Quinto. Costas. Lo serán a cargo de Porvenir S.A. Tásense por Secretaría. Fíjense como agencias en derecho la suma correspondiente a un (1) SMLMV, de conformidad con lo indicado en la parte motiva.

Sexto. De no ser apelado remítase el presente asunto ante la Sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. a fin de que surta el GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA a favor de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, de conformidad con el artículo 69 CPTSS.

Para adoptar esta decisión, la operadora judicial de primera instancia expuso que el problema jurídico debía abordarse desde la figura de la ineficacia y no de la nulidad, tal como lo ha establecido tanto la Corte Suprema Justicia como la Corte Constitucional, mencionándola sentencia SU 107 de 2024.

Posteriormente afirma que el artículo 13 de la ley 100 de 1993 en su literal b, estableció que la selección de cualquiera de los regímenes del sistema general de pensiones será libre y voluntario por parte del afiliado, quien manifestará por escrito su elección al momento de la vinculación.

Expuso que la Corte Suprema de Justicia ha explicado que el deber de información es exigible desde su creación y con el paso del tiempo ese deber se ha consagrado cada vez con mayor de exigencia, y ha identificado tres etapas, de 1993 a 2009, de 2009 a 2014 y de 2014 en adelante. Y que, para la primera etapa, la expresión libre y voluntaria del artículo 13 de la ley 100 de 1993 necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esa índole.

Seguidamente, relató que la Corte Constitucional, en la sentencia SU-107 de 2024, moduló recientemente el criterio sobre la carga de la prueba en los traslados pensionales. En esta decisión, se precisó que ni la Constitución ni la ley procesal pueden imponer cargas probatorias imposibles de cumplir, tanto para el afiliado como para el fondo de pensiones, flexibilizando así el criterio de la Corte Suprema de Justicia respecto a los traslados realizados *entre 1993 y 2009*. E indicó la a quo, que La Corte Constitucional reiteró que el juez, como director del proceso, debe actuar con autonomía e independencia para formar su convencimiento, recurriendo a las pruebas previstas en el Código General del Proceso, ya sean solicitadas por las partes o decretadas de oficio conforme al artículo 54 del Código de Procedimiento Laboral. No obstante, aclaró la juez de primera instancia que, de manera excepcional, se mantiene la inversión de la carga de la prueba cuando el demandante se encuentra en imposibilidad de probar los hechos que sustentan sus pretensiones o cuando, a pesar de los esfuerzos de las partes y del juez, no es posible esclarecer completamente la verdad.

Refirió que la Corte Suprema ha dicho que no puede alegarse una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que pueda tener sobre sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una expresión genérica consignada en el formulario de afiliación

Luego de analizadas las pruebas practicadas, concluyó que en el expediente no se encuentra acreditado que la administradora del fondo de pensiones hubiese cumplido con su deber de información detallada a la afiliada en el momento del traslado, indicando que porvenir no demostró la afirmación de que brindó la asesoría a la actora y que las demás pruebas acreditan hechos posteriores al momento del traslado que se debate, y en todo caso, no demuestran que al momento del traslado de la demandante esta comprendía las implicaciones de dicho acto jurídico.

Puntualmente, frente al interrogatorio de parte rendido por la actora, aseveró que, si bien de este puede determinarse que la demandante conoció algunos de los aspectos relativos al régimen de ahorro individual, ello no es suficiente para acreditar que Porvenir brindó una asesoría de manera completa al momento del traslado en los términos exigidos por las subreglas jurisprudenciales establecidas por la Corte Suprema de Justicia sobre el contenido del deber de información a cargo de las AFP's., puesto que la actora no confiesa conocer las características y diferencias de ambos regímenes pensionales, que le permitieran brindar un consentimiento informado.

Finalmente indicó que pese a lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024, específicamente frente al porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, el juzgado acogería la postura de la sentencia SL1055-2022, precisando que el rubro destinado al fondo de garantía de pensión mínima si debe ser reintegrado conforme lo dispuesto en el Decreto 3995 de 2008

Recurso de Apelación y grado jurisdiccional de consulta.

Recurso de apelación Porvenir S.A.:

La apoderada de Porvenir S.A. interpone recurso de apelación contra el fallo de primera instancia, argumentando que la afiliación de la demandante a su representada se realizó de manera válida y voluntaria, sin presiones y conforme a la normatividad vigente en 1998. Señala que la normativa de la época no exigía la información detallada reclamada en la demanda y que la demandante confesó haber recibido información sobre los beneficios del fondo privado, como rendimientos, aportes voluntarios y herencia de aportes. Además, la apoderada destaca que existen documentos en el expediente que demuestran la asesoría brindada por Porvenir S.A. tanto en el momento del traslado como posteriormente.

La apoderada también argumenta que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha invertido la carga de la prueba en estos procesos, imponiendo a los fondos de pensiones el deber de demostrar que se cumplió con el deber de informar. Sin embargo, cita la sentencia SU-107 de 2024 de la Corte Constitucional, que considera desproporcionada esta inversión de la carga probatoria y violatoria del debido proceso. La apelante sostiene que, en el presente caso, Porvenir S.A. cumplió con su deber de informar y brindar asesoría adecuada, y que la demandante tenía conocimiento e interés en permanecer afiliada al régimen de ahorro individual.

Finalmente, solicita que, en caso de confirmarse la declaratoria de ineficacia del traslado, se apliquen integralmente los lineamientos de la sentencia SU-107 de 2024 en lo que respecta a los efectos económicos. En particular, alega que no es posible retrotraer a la demandante a la situación previa al traslado respecto de los descuentos por gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, pues estos conceptos corresponden a situaciones consolidadas en el tiempo que no pueden ser revertidas.

Recurso de apelación Colpensiones:

El apoderado de Colpensiones interpone recurso de alzada en contra de la sentencia en primera instancia, solicitando que se revoque la sentencia ya que Colpensiones ha actuado conforme al ordenamiento jurídico y en todo momento ha garantizado a la accionante su derecho de acceso al RPM, en caso de cumplir con los requisitos establecidos en la ley, no obstante, para la época en que decidió retornar a Colpensiones ya contaba con menos de 10 años para acceder a la edad pensional, por lo que su actuar ya estaba limitado conforme a la ley 797 de 2003.

El actuar de las AFP se encuentran descritos a la normatividad vigente para el momento en que se realizaron los traslado, por ello no es jurídicamente razonable imponer cargas y soportes que no estaban previstos en el ordenamiento jurídico al momento de realizar el traslado, pues tal exigencia desvirtúa el principio de confianza legítima y el principio de legalidad, adicional al debido proceso en tanto debe ajustarse los actos que se juzgan a las normas que estaban vigentes a ese momento, para ello quedó demostrado que cuando la accionante realizó el primer traslado al RAIS, estaba vigente el decreto 663 de 1993 que no concebía nada diferente al formulario de afiliación. Este deber ha ido mutando y se han impuesto cargas adicionales a la AFP, no obstante, para el momento en que se llevó el primer traslado no se exigía nada distinto, por lo que tanto la AFP como Colpensiones han actuado de buena fe y conforme a la normativa existente. Afirmando que no es viable que sea condenado por algo que no tuvo la posibilidad de prever pues en sus manos

De igual forma, esta decisión genera una descapitalización del sistema en cuanto a los ahorros que hiciera la accionante dentro de su vida laboral afectarán la administración de los demás recursos por parte de Colpensiones. En caso de no revocar la decisión, solicita se sirva mantener la condena impuesta a las AFP en el entendido de reintegrar la totalidad de los recursos que recibió.

Aunado a lo anterior, solicita que se establezca que Colpensiones no podrá dar cumplimiento hasta tanto no se cumplan las obligaciones a cargo de las AFP en el entendido de reintegrar los recursos y actualizar la información en la base de datos.

Grado jurisdiccional de consulta:

En igual sentido, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Admitido el recurso de apelación con auto del 21 de agosto de 2024 por esta Corporación, se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Así mismo se estudiará en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver consiste en: i) Determinar si efectivamente existió una ineficacia en el momento del traslado de la accionante del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al régimen de ahorro individual (RAIS), como consecuencia de la falta de información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, para así escoger la mejor opción para su caso particular; ii) Si se debe absolver a la demandada Porvenir de la condena de devolución del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, iii) Si de declararse la ineficacia de traslado se ve afectada la sostenibilidad financiera de Colpensiones, y por último iv) si debe supeditarse el cumplimiento de la sentencia por parte de Colpensiones a que a que las AFP's codemandadas realicen primero lo que a su cargo corresponde.

De la ineficacia del traslado

Para la resolución de este asunto, debe considerarse que las AFP tienen un deber legal de suministrar a sus potenciales afiliados información objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Este deber existía desde la creación del sistema de seguridad social integral, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL 1452-2019, SL 1688-2019, SL 1689-2019, SL 4426-2019, SL 3464-2019, SL 4360- 2019, SL 2611-2020, SL 4806-2020 y SL 373-2021).

En el referido artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se recalcó la importancia del deber de información de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria hoy Superfinanciera, incluyendo naturalmente a las Administradoras de Fondo de Pensiones, al contemplar textualmente que *"Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado"*.

Así mismo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra las obligaciones de los promotores en los siguientes términos: *"Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado"*.

De igual manera, debe considerarse que la suscripción de un formulario por parte del afiliado, que pueda o no, contener afirmaciones en el sentido de indicar que la afiliación se realiza de forma libre

y voluntaria, no liberan a las AFP de su obligación de brindar información completa, objetiva y comparada de los distintos regímenes pensionales y las consecuencias asociadas al traslado entre ellos. A lo sumo, estas expresiones acreditan un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (SL 4964 de 2018, SL 4964 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3193 de 2023).

De suerte que, para la Sala, no cabe duda en cuanto a la existencia de un compendio normativo que obligaba a las administradoras de pensiones a informar en el momento del traslado, en forma, clara, completa, objetiva, veraz y transparente acerca de las características de ambos regímenes. Sobre este punto en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en la sentencia SL 1688 de 2019 con radicado No.68838, precisó desde cuándo se encontraba en cabeza de esas administradoras de pensiones, esa obligación probatoria en los siguientes términos:

“Desde este punto de vista, para la Corte es claro que, desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»”.

Descendiendo al caso bajo estudio, será necesario remitirse a las pruebas obrantes en el expediente, pues se trata de una cuestión eminentemente fáctica y jurídica. Encontrando que se aportó al expediente el formulario de afiliación a Porvenir S.A., del 21 de agosto de 1998 (folio 7 archivo 01 y folio 24 archivo 06 expediente digital), en el que se registró la firma de un asesor comercial o ejecutivo de cuenta, sin que se encuentre acreditado que ese asesor brindó la información completa e informada sobre el traslado a la trabajadora, pues ninguna prueba se aportó en tal sentido. Con lo cual no existe prueba en el expediente que demuestre, más allá de toda duda razonable que al menos en esta oportunidad la afiliada hubiera recibido la información adecuada, suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa, que le permitiera decidir libremente el régimen al que quería estar afiliada.

En otro giro, frente al interrogatorio de parte rendido por el demandante en la audiencia celebrada el 20 de mayo de 2024, visible en el archivo 18 del expediente virtual, la Sala avizora que esta no se puede tener como confesión en favor de las demandadas. En dicho medio probatorio únicamente declara que a su trabajo llegaron unos asesores que reunieron a todos los empleados e hicieron una reunión de media hora, que en la misma les dijeron que era mucho mejor pasarse a un fondo de pensiones privado porque allí iban a tener más control de su dinero y más ventajas, que en el Seguro Social los aportes se podían perder, que no había forma de saber cuáles eran los aportes de cada persona y que no se sabía cómo se calculaba la pensión en el ISS, pero que jamás le hicieron un comparativo entre los dos regímenes pensionales. Es por ello que, del análisis del interrogatorio de parte del demandante, no se acredita ninguno de los elementos para considerar que se llenaron los requisitos del artículo 191 numeral segundo para ser considerado como medio de prueba de confesión.

Por otro lado, también se debe tener presente que la doctrina del precedente vertical en la sentencia del 09 de septiembre del año 2008, radicado 31989, ya había definido que la suscripción libre y voluntaria de ese formulario no era suficiente para dar cumplimiento a ese deber de información. Posición que fuera repetida también en forma pacífica por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la Sentencia del 03 de abril de 2019 en los siguientes términos:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado”.

Incluso en providencias más próximas a la fecha, se ha mantenido inmutable la postura de la Sala, ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia SL 397 del 1 de marzo de 2023 en la que se afirmó:

“En cuanto a la suscripción de uno o varios formularios de afiliación (f.º59), se encuentra adocinado que son insuficientes para demostrar que la decisión de traslado estuvo precedida por una ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Tampoco es admisible sostener que la simple rúbrica impresa en el formulario, en señal de asentimiento, pueda suplir la información que deben brindar las administradoras (entre otros fallos se cita CSJ SL SL1688-2019)”.

En igual sentido, resulta esencial y de gran relevancia mencionar el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024. Frente al cual la Sala, decide adoptarlo en adelante. Por lo cual, se ha de recordar que, en esta decisión, el máximo tribunal constitucional delineó una serie de reglas para el análisis probatorio relacionado con los casos de ineficacia del traslado de los afiliados que cambiaron de régimen pensional al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad entre los años 1993 y 2009. Sobre este aspecto, se dispuso que tales procesos deben regirse exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y el Código General del Proceso, con el objetivo de garantizar el debido proceso. Estas directrices comprenden varias pautas esenciales:

Primero, el juez debe evaluar si el afiliado comprendía las consecuencias de su traslado al (RAIS), conforme a lo dispuesto en los artículos 13 de la Ley 100 de 1993 y 97 del Decreto 663 de 1993. Esto incluye verificar si los asesores de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) informaron adecuadamente sobre los riesgos asociados, las posibilidades de realizar cotizaciones adicionales, las consecuencias de no reunir el capital mínimo requerido para la pensión, la garantía de la pensión mínima y la devolución de saldos.

Asimismo, el juez debe permitir y considerar todas las pruebas necesarias, pertinentes y conducentes, ya sean solicitadas por las partes o requeridas de oficio, conforme al artículo 161 del CGP. Estas pruebas pueden comprender declaraciones, confesiones, testimonios, peritajes, inspecciones judiciales, documentos e indicios.

Además, las pruebas documentales deben ser evaluadas en conjunto con las demás pruebas del expediente. Por ejemplo, los formularios de afiliación, que suelen contener declaraciones sobre la decisión libre y espontánea del traslado, no son suficientes por sí solos para absolver a las demandadas.

En ausencia de pruebas directas, el juez puede recurrir a interrogatorios para esclarecer las circunstancias en que se prestó, o no, la información relevante. Los testimonios de personas que recibieron asesoría conjunta pueden ser fundamentales para determinar la veracidad de los hechos alegados.

Las pruebas indiciarias también deben ser analizadas en conjunto con otros elementos probatorios, de acuerdo con los artículos 176 y 242 del CGP.

Aunque la inversión de la carga de la prueba no debe ser una regla obligatoria, el juez puede, de manera excepcional, invertir la carga de la prueba en casos donde la demandante se encuentre en la imposibilidad de probar los hechos que sustentan sus pretensiones. Esta medida se fundamenta en el artículo 167 del CGP y en la necesidad de proteger al afiliado de una imposición desproporcionada de cargas probatorias que vulneren su derecho al debido proceso y acceso a la justicia.

Con todo lo anterior, la Sala advierte que en el expediente no existe un solo elemento de convicción distinto al formato de vinculación que demuestre que la AFP Porvenir S.A. dio información transparente y completa a la afiliada sobre las características de ambos regímenes pensionales y las implicaciones inherentes de pertenecer a uno u otro al momento en que la accionante suscribió el formulario de afiliación. Lo que conduce a esta Sala a confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado que efectuó la demandante el 21 de agosto de 1998, como lo determinó la *a quo*.

De los valores a devolver:

Continuando con el análisis, procede este órgano colegiado a analizar los argumentos expuestos por ambos apoderados sobre los conceptos a devolver, teniendo en cuenta que la apoderada de Porvenir señaló que debía abstenerse de devolver el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima; mientras que el apoderado de Colpensiones solicitó que se “*mantenga la condena*” de reintegro de la totalidad de las cotizaciones trasladadas al régimen de ahorro individual.

De este modo, en primera medida, como lo indicó la *a quo*, esta Sala debe indicar que la jurisprudencia emitida por parte de la CSJ, al referirse a los efectos de la ineficacia, como la sentencia SL 1535 del 10 de mayo de 2022 señaló que “*es pertinente recordar que se contraen a la devolución de todos los dineros que el fondo hubiera recibido, entre otros, por concepto de las cotizaciones y los bonos pensionales —si fuere el caso—, además de los rendimientos financieros que se hubieren causado, y las cuotas de administración, pues no puede trasladarse una suma inferior a la realmente ahorrada. Lo anterior, bajo la ficción jurídica de que el actor nunca se movió al RAIS o, lo que es igual, que siempre estuvo afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones.*”

Sin embargo, tampoco se puede pasar por alto lo que sobre este tema ha indicado la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024, **que es de obligatorio cumplimiento para los operadores judiciales**, que en cuanto al principio de sostenibilidad financiera, indicó en los casos en que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, sólo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual. Señaló además que no es factible ordenar el traslado de los valores pagados por concepto de primas de seguros de seguros previsionales, gastos de administración y porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, ni tampoco que dichos

valores fueran reconocidos de forma indexada, señalando textualmente: *“En suma, ni las primas de seguros, los gastos de administración, o el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ya sea de forma individual, combinada o indexada son susceptibles de devolución o traslado al configurar situaciones que se consolidaron en el tiempo y que no se pueden retrotraer por el simple hecho de declarar la ineficacia del traslado pensional.”*

La Corte Constitucional, en los acápites de consideraciones de su decisión, en primer lugar, expuso que, en relación con las modalidades de devolución, la Corte aclaró que, materialmente, a pesar de que se declare la ineficacia del traslado, no es posible retrotraer al afiliado al día previo al traslado. Solamente es susceptible de traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y, si se ha pagado, el valor de un bono pensional. Esto se debe a que no toda la cotización es apta para ser trasladada, ya que el aporte se desglosa en primas de seguros, gastos de administración y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Además, no sería posible devolver los aportes voluntarios realizados por el afiliado mientras estuvo en el RAIS, ya que estos implicaron beneficios tributarios para la declaración de renta, la compra de acciones u otro tipo de inversiones, constituyendo situaciones que se consolidaron en el tiempo.

En segundo lugar, respecto a las primas de seguros y el riesgo que estas amparan, la Corte recordó que, mes a mes, se paga el respectivo seguro para cubrir el riesgo de invalidez o muerte. En la Sentencia SU-313 de 2020, se explicó que de la cotización obligatoria del 16%, la Administradora de Fondos Pensionales debe destinar un 11,5% a la cuenta individual del afiliado, un 1,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y un 3% al financiamiento de los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. El seguro previsional que contratan las administradoras del RAIS debe ser colectivo y pagarse obligatoriamente, garantizando así la cobertura adecuada en caso de invalidez o muerte.

En cuanto a los gastos de administración, aunque no se tiene un pronunciamiento expreso en pensiones, la Corte ha sostenido que es legítimo desde el punto de vista constitucional que los particulares que participan en el sistema general de seguridad social en salud sean recompensados por los gastos de administración en los que incurren, siempre y cuando no se afecte el derecho fundamental de los usuarios a un servicio de calidad, oportuno y eficiente. Esta misma lógica se aplica a los gastos de administración en pensiones, los cuales tienen un impacto incluso en la determinación del fondo al que pertenece un afiliado. En la Sentencia T-266 de 2023, la Corte protegió los derechos de una afiliada a la que se le negó el traslado por no estar en el aplicativo de traslados, operando en este caso la figura de la afiliación tácita.

Por otro lado, en la Sentencia C-687 de 2017, la Corte analizó una demanda de inconstitucionalidad que cuestionaba la contribución al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, alegando que dicha financiación no era retribuida al afiliado y constituía un enriquecimiento sin causa. Aunque la Corte se declaró inhibida, destacó que la cotización en el RAIS no sólo nutre la cuenta de ahorro individual, sino también un componente de solidaridad, siendo así reconocidas numerosas pensiones de vejez bajo la Garantía de Pensión Mínima.

Por los anteriores argumentos, esta Sala de decisión ha adoptado esta nueva postura, entendiendo que, con la declaración de ineficacia, la AFP deberá devolver al Régimen de Prima Media con Prestación

Definida, administrado por Colpensiones, los ahorros de la cuenta individual del afiliado, los rendimientos financieros y el bono pensional, dejando atrás cualquier criterio anterior.

En estas circunstancias, es necesario enfatizar en que en el numeral octavo de la sentencia SU 107 de 2024, la Corte Constitucional dispuso los efectos inter pares de la providencia, señalando textualmente:

*“**EXTENDER**, con efectos inter pares y de inmediato cumplimiento, las reglas expuestas en esta providencia a todas las demandas que estén en curso ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral ya sea en primera, segunda instancia o en sede de casación, como también las que se tramiten mediante acción de tutela y cuya pretensión, principal o subsidiaria, esté dirigida a que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.”*

De igual forma, frente a los efectos inter pares, vale traer a colación la sentencia SU349-2019, que de forma explicativa indicó:

“los efectos “inter pares” son aplicados por la Corte Constitucional en aquellos eventos en los que ésta resuelve un problema jurídico relacionado con la interpretación y/o aplicación de un marco normativo concreto, en un contexto fáctico específico. En estos eventos, se dispone que la resolución que ha dado al asunto debe ser asumida en los casos que, sin integrar necesariamente una misma comunidad, son o llegarán a ser semejantes.”

En este contexto, y considerando la postura de la Corte Constitucional, dado que Porvenir S.A apeló la devolución del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, se modificará el numeral segundo de la sentencia para efectos de absolver a Porvenir de la devolución de dicho rubro.

Sostenibilidad Financiera

De otra parte, para abordar a la inconformidad referida por el apoderado de Colpensiones, frente a la sostenibilidad del sistema financiero se encuentra que ya se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicando que dicho principio constitucional no se ve afectado con la declaratoria de ineficacia del traslado, dado a que como se señaló previamente, la AFP tiene el deber de restituir los valores recibidos por concepto de la afiliación dla accionante con todos sus frutos, con lo cual se compensan las cotizaciones que debió efectuar la accionante el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y se financia la pensión a recibir, indistintamente si se han cotizado en un fondo público o en una cuenta de ahorro individual.

Así lo señaló la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, precisando:

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

reconocimiento de las pensiones y prestaciones contempladas en los dos regímenes se tendrá en cuenta la suma de las semanas cotizadas a cualesquiera de ellos».

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

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

Lo anterior también ha sido reiterado en sentencias posteriores como la SL1440-2021 y la SL1497-2022, en esta última con toda claridad la Corte precisó: *“Tampoco se atenta contra la sostenibilidad financiera del Sistema, en la medida en que la ley dispone las fuentes de financiamiento de las prestaciones económicas que éste reconoce y, en todo caso, la ineficacia comporta unos efectos que pasan a explicarse más adelante, lo que supone, entre otras cosas, que la totalidad del ahorro pensional efectuado, con los elementos que lo integran, pasen de la AFP a la administradora del Régimen de Prima Media.”*

Colpensiones como tercero de buena fe:

Ahora bien, respecto a la inconformidad planteada por el apoderado de Colpensiones sobre la no participación de Colpensiones en el traslado de régimen pensional, es preciso señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido de manera pacífica y reiterada que la declaratoria de ineficacia implica el retorno al *statu quo*. Esto significa que la situación debe retrotraerse al estado en que se encontraría si el acto nunca hubiera existido (CSJ SL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL373-2021 y CSJ SL5688-2021). En particular, en la sentencia **SL2877-2020**, la Corte precisó lo siguiente:

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

(...)

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cubre a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado la accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal”

De este modo, a pesar de que es claro que el otrora Instituto de los Seguros Sociales, ni tampoco Colpensiones, interfirieron en el traslado de régimen pensional de la promotora de este juicio, situación que no se discute en el sub judice; en virtud de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen de la demandante, resulta imperioso ordenar su retorno al Régimen pensional a la que se encontraba afiliada antes de este traslado, siendo este el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que actualmente es administrado por Colpensiones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007. Por consiguiente, no existe error alguno en la interpretación de la a quo sobre este aspecto.

De la solicitud de condicionar el cumplimiento de la sentencia:

De otra parte, frente a la solicitud de la apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones de que se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de su representada, a que la AFP codemandada realice primero lo que a su cargo corresponde para realizar el traslado de la demandante, este órgano colegiado no encuentra vocación de prosperidad en la solicitud, pues todas las demandadas deben trabajar de forma coordinada para lograr el cumplimiento de la sentencia, y que esta logre su cometido final, que es el retorno de la demandante al Régimen de Prima Media Con Prestación Definida, sin que el anhelo de la actora deba verse truncado por trámites administrativos.

Al respecto conviene recordar que el principio de eficiencia previstas en el literal a del artículo 2 de la Ley 100 de 1993, establece que las entidades del Sistema General de Seguridad Social deberán procurar la mejor utilización de los recursos administrativos, técnicos y financieros disponibles para garantizar la prestación adecuada, oportuna y eficiente de los beneficios del sistema de seguridad social, por lo que resulta lógico que el cumplimiento de la sentencia implique la colaboración de ambas entidades, sin que una de estas pueda escudarse en el incumplimiento de las otras para no lograr la efectividad de la decisión proferida.

Aunado a lo anterior, esto también tiene sustento en el numeral 10 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, aplicable a las entidades públicas y a los privados que prestan un servicio público como lo es el servicio público esencial de seguridad social (art. 2 Ley 100 de 1993), que establece que las autoridades concertarán sus actividades con las de otras instancias estatales en el cumplimiento de sus cometidos y en el reconocimiento de sus derechos a los particulares.

Así quedan resueltos los recursos de apelación interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta.

COSTAS

Sin costas o agencias en derecho en esta instancia.

DECISIÓN

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 los numerales segundo y tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Noveno Laboral del Circuito de Bogotá, el 04 de julio de 2024, en el sentido de absolver a Porvenir S.A. de la devolución del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, de conformidad a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Confirmar en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado

(Salva voto)

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Alexandra Arguello Sáenz

Demandados: Colpensiones y Porvenir S.A.

Radicado: 110013105009-2022-00532-01

Señores partes en el proceso, distinguidos compañeros de Sala de Decisión, comunidad jurídica en general:

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por esta Corporación, tratando de exponer sencilla y sintéticamente los motivos de mi salvamento parcial de voto, a continuación, resumo los argumentos por los cuales no comparto la razón de decidir acogida en la providencia mayoritariamente aprobada en lo que concierne a la no devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y prima de seguros previsionales debidamente indexadas:

De conformidad con lo decantado por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia SU 107 de 2024, es criterio mayoritario de esta Sala de decisión decretar la improcedencia de la devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y primas de seguros previsionales debidamente indexadas, en el entendido que, al configurarse

la disposición de los aludidos emolumentos situaciones jurídicas consolidadas, se encuentra vedado su devolución por el solo hecho de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

Sin embargo, considera quien ahora escribe que el enunciado raciocinio desconoce los efectos jurídicos de las acciones judiciales de “*ineficacia*” habida cuenta que, en su sentido estricto, la referida institución normativa propugna por retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio declarado ineficaz no hubiera existido; es decir, su declaratoria produce efectos *ex tunc -desde siempre-*, y no *ex nunc -desde ahora-*.

Colofón de lo anterior, por constituir el criterio mayoritario, ese sí, una afrenta al principio constitucional de sostenibilidad financiera, puesto que, al denegar la devolución indexada de los referenciados emolumentos, restringe la fuente de financiación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida para el futuro reconocimiento prestacional en provecho del afiliado, supuesto que conlleva a la materialización del déficit presupuestal aducido por Colpensiones, manifiesto que salvo parcialmente mi voto, toda vez que, con la postura mayoritaria, se estaría apoyando una decisión que considero injusta para con el Sistema General de la Seguridad Social en Pensiones.

Fecha ut supra.



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



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

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CELINA ISABEL RUSSO DIAZ contra SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Radicación No. 11001-31-05-001-**2022-00260-01**.

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticinco (2025); se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022; con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Porvenir S.A. y la apoderada de Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia del 21 de mayo de 2024 proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente sentencia:

SENTENCIA

La demandante Celina Isabel Russo Díaz, por intermedio de su apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas anteriormente referidas, solicitando que se declare ineficaz la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuada a la AFP Porvenir S.A, por entenderse que la inobservancia en el deber de información en cabeza de los fondos de pensiones conlleva a negar el efecto jurídico del traslado.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante, condenar a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones a totalidad del capital de la cuenta de ahorro individual de la demandante incluidos los rendimientos, bonos y/o títulos pensionales a los que hubiere lugar, los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, sin aplicar ningún descuento.

Por último, condenar a las demandadas al pago de costas, agencias en derecho, lo ultra y extra petita.

En respaldo de sus pretensiones indica que inició sus aportes en el RPM y en 1994 inició sus aportes con Porvenir S.A, sin recibir asesoramiento responsable y transparente. Que actualmente se encuentra afiliada a la AFP Porvenir S.A.

Que de acuerdo con proyección pensional realizada por Yabar Liquidaciones, la pensión que le habría correspondido en Colpensiones equivaldría, aproximadamente a \$1.419.642.

Debido a la inconformidad por la falta de información, el 10 de febrero de 2022 solicitó ante Porvenir S.A. la anulación de la afiliación a dicha administradora, junto con una proyección pensional comparada entre el RAIS y el RPM. Porvenir S.A. remitió proyección pensional a través de la cual se informa que la demandante podrá recibir una pensión en el RAIS de \$1.000.000.

Que el 06 de mayo de 2022 solicitó a Colpensiones activar la afiliación por cuanto el traslado de régimen no estuvo antecedido de información completa y oportuna. Colpensiones negó la petición.

Actuación procesal

El Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 13 de diciembre de 2022, y ordenó la notificación de las demandadas, así como de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Porvenir S.A. y Colpensiones, contestaron la demanda en los términos del archivo 06 y 08 respectivamente del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 21 de mayo de 2024 resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR la ineficacia del traslado de Régimen Pensional de la parte demandante señora CELINA ISABEL RUSSO DÍAZ identificada con C.C. No. 63.297.460 a través del fondo administrado por la sociedad demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en precedencia.

SEGUNDO. ORDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES autorizar el traslado del demandante señora CELINA ISABEL RUSSO DÍAZ identificada con C.C. No. 63.297.460, al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladada al RAIS; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

TERCERO. ORDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., trasladar con destino a la

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES- COLPENSIONES los aportes efectuados por la parte demandante CELINA ISABEL RUSSO DÍAZ identificada con C.C. No. 63.297.460 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, y lo indicado en esta decisión judicial lo que tiene que ver con prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el aquí demandante estuvo afiliado a la administradora de fondo de pensiones y cesantías, sin que le sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por el accionante; conforme lo expuesto en la parte motiva de este pronunciamiento.

CUARTO. DECLARAR que la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

QUINTO. DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por las demandadas conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEXTO. CONDENAR en costas a las demandadas vencidas en esta primera instancia, las cuales serán debidamente tasadas por la Secretaría del Despacho conforme a lo dispuesto en el artículo 365 del CGP aplicable por la integración normativa en virtud del artículo 145 del CPTSS.”

Para adoptar esta decisión, el operador de instancia afirma que la afiliación adoleció de información suficiente en cuanto se incumplió con el debido asesoramiento que le permitiera decidir sobre el traslado de régimen, por lo que correspondía a los fondos privados informar sobre las consecuencias futuras del traslado de régimen pensional.

Se advierte que el fondo privado demandado omitió su deber de obrar en consonancia con el principio de eficiencia del sistema de seguridad social como se encuentra en la ley 100 de 1993, dando lugar a la situación desfavorable en que ahora se encuentra inmersa la demandante que no pudo escoger la opción personal de su real conveniencia.

La CSJ en sentencia de radicado 68852 de 2019 indicó que antes de surtir el traslado, la administradora de pensiones tiene el deber de informar al afiliado sobre las características e los dos regímenes pensionales y las consecuencias de abandonar el régimen de transición.

Por lograr el capital suficiente los afiliados deberán efectuar aportes voluntarios pues con solo las cotizaciones el capital ahorrado alcanzará a cubrir el riesgo de vejez por un determinado lapso y en su defecto deberá ser disminuido en su monto mensual para que pueda ser entregado de forma vitalicia. Como en el caso concreto, se ocasionaría grave perjuicio al sustraer a los afiliados

del régimen de prima media al régimen de ahorro con solidaridad, trayendo perjuicio al mínimo vital.

Como lo ha establecido la Corte Suprema de Justicia, los formularios de afiliación son insuficientes para demostrar el deber de información, a lo sumo esos formalismos acreditan un consentimiento sin vicios, pero no informado.

Recurso de Apelación y grado jurisdiccional de consulta.

La apoderada de Colpensiones presentó recurso de alzada en contra de la sentencia de primera instancia, indicando que no es dable que se invierta la carga de la prueba en cabeza de la AFP privada y se exima a la demandante de aportar prueba alguna que efectivamente demuestre que hubo un vicio en su voluntad al momento de afiliarse al RAIS o que efectivamente se presentó una inobservancia en el deber de diligencia, cuidado e información, ya que para la fecha en que se efectuó la materialización del traslado no había norma vigente que exigiera que se guardara evidencia de dicha asesoría, por lo tanto, tampoco es dable alegar la libertad probatoria de las AFP para demostrar la asesoría.

En el caso concreto debe tenerse en cuenta el silencio permanente e ininterrumpido de la demandante, el no uso del derecho de retracto y la falta de auto información de la demandante.

Existe una indebida interpretación del artículo 13 de la ley 100 de 1993 y el fallo afecta el principio de la sostenibilidad financiera y la progresividad del sistema pensional, afectando así el derecho de acceso a pensiones de los colombianos, por lo que solicita que se absuelva a Colpensiones de todas las condenas impuestas.

La apoderada de Porvenir S.A. presentó recurso de alzada en contra de la sentencia en primera instancia, solicitando que se revoque la decisión correspondiente a las condenas impuestas a Porvenir S.A.

En primer lugar, indica que si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la CSJ, también la misma corporación ha indicado que no se puede aplicar de manera homogénea a todos los casos en donde se solicita la nulidad e ineficacia a la afiliación por el incumplimiento al deber de información, ya que debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que no se da en el presente asunto, pues la demandante realizó válidamente el traslado de régimen pensional, de manera voluntaria, sin presiones e informada, de conformidad con la normatividad vigente para el momento del traslado. En su momento solo se exigía a los fondos privados conservar como prueba documental el formulario de afiliación que fue allegado con la contestación de la demanda.

Con independencia de la información otorgada al momento del traslado, las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS se encontraban en la ley 100 de 1993 por lo que la demandante pudo validar en cualquier momento el contenido y la información otorgada por la AFP o solicitar más información si tenía dudas luego de la asesoría. La demandante debía actuar con mediana diligencia, lo que suponía obtener información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando, con mayor razón si los datos relevantes que permitían precisar las

consecuencias de esa decisión estaban claramente determinados en normas legales de común conocimiento.

El actuar de la AFP siempre ha sido de buena fe objetiva, pues todas sus acciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales vigentes al momento del traslado de régimen pensional.

No resulta procedente que la administradora deba restituir las sumas que pagó por conceptos de primas de seguros previsionales, por cuanto estos ya no se encuentran en su poder, sino en el de las compañías aseguradoras que contrató, para la cobertura del pago de las sumas adicionales necesarias para financiar las prestaciones que por mandato legal así lo requería.

Por otro lado, respecto a la devolución de los gastos de administración resulta improcedente de conformidad con la Superfinanciera de Colombia, ya que dicho ente ha indicado que en el traslado de recursos entre regímenes pensionales se debe efectuar de conformidad con la norma específicamente prevista para ello, siendo el artículo 7 del decreto 3995 del 2008, disposición normativa que se debe aplicar en todos los casos en que por cualquier circunstancia sea necesario efectuar un traslado de recursos, lo de que incluye las restituciones.

No hay ninguna razón de orden jurídico para que se ordene que la remisión a Colpensiones de las sumas aportadas con destino al fondo de garantía de pensión mínima se haga con cargo a los propios recursos de la administradora demandada, ya que si bien los efectos de la ineficacia indican que estos deben ser trasladados a la entidad que va a asumir la pensión de la demandante, no se encuentra ningún motivo que justifique que esas sumas que no están en poder de la administradora sean remitidas con cargo a los propios recursos de esta, ya que ello equivaldría a una sanción injustificada que no guarda ninguna correspondencia con los efectos jurídicos de una eficacia, ni mucho menos con las restituciones que de ello pueda derivar.

De otra parte, la Corte Constitucional en sentencia SU 107 de 2024, expresamente se indica que ni las primas de los seguros, los gastos de administración o el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima, son susceptibles de devolución de traslado, ya que se configuran situaciones que se consolidaron en el tiempo y que no se pueden retrotraer por el simple hecho de declarar la ineficacia el traslado pensiona.

Solicita revocar la decisión de instancia relativa a la indexación de los valores objeto de la condena impuesta, como ya se ha indicado por varias corporaciones se ha determinado que no es viable ordenar la indexación, toda vez que con el traslado de los rendimientos financieros ya se está compensando cualquier tipo de depreciación del poder adquisitivo de la moneda.

En igual sentido, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Admitido el recurso de apelación con auto del 15 de julio de 2024 por esta Corporación, se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Así mismo se estudiará en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver consiste en: i) Determinar si efectivamente existió una ineficacia en el momento del traslado de la accionante del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al régimen de ahorro individual (RAIS), como consecuencia de la falta de información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, para así escoger la mejor opción para su caso particular; ii) Si se debe absolver a la demanda de la condena de devolución de gastos de administración, seguros previsionales e indexación; iii) Si la permanencia en el RAIS incide en la declaratoria de ineficacia de traslado; y iv) Si de declararse la ineficacia de traslado, se ve afectada la sostenibilidad financiera de Colpensiones.

De la ineficacia del traslado

Para la resolución de este asunto, debe considerarse que las AFP tienen un deber legal de suministrar a sus potenciales afiliados información objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Este deber existía desde la creación del sistema de seguridad social integral, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL 1452-2019, SL 1688-2019, SL 1689-2019, SL 4426-2019, SL 3464-2019, SL 4360- 2019, SL 2611-2020, SL 4806-2020 y SL 373-2021).

En el referido artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se recalcó la importancia del deber de información de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria hoy Superfinanciera, incluyendo naturalmente a las Administradoras de Fondo de Pensiones, al contemplar textualmente que *"Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado"*.

Así mismo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra las obligaciones de los promotores en los siguientes términos: *"Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado"*.

De igual manera, debe considerarse que la suscripción de un formulario por parte del afiliado, que pueda o no, contener afirmaciones en el sentido de indicar que la afiliación se realiza de forma libre y voluntaria, no liberan a las AFP de su obligación de brindar información completa, objetiva y comparada de los distintos regímenes pensionales y las consecuencias asociadas al traslado entre ellos. A lo sumo, estas expresiones acreditan un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (SL 4964 de 2018, SL 4964 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3193 de 2023).

De suerte que, para la Sala, no cabe duda en cuanto a la existencia de un compendio normativo que obligaba a las administradoras de pensiones a informar en el momento del traslado, en forma, clara, completa, objetiva, veraz y transparente acerca de las características de ambos regímenes. Sobre este punto en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en la sentencia SL 1688 de 2019 con radicado No.68838, precisó desde cuándo se encontraba en cabeza de esas administradoras de pensiones, esa obligación probatoria en los siguientes términos:

“Desde este punto de vista, para la Corte es claro que, desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»”.

Descendiendo al caso bajo estudio, será necesario remitirse a las pruebas obrantes en el expediente, pues se trata de una cuestión eminentemente fáctica y jurídica. Encontrando que se aportó al expediente el formulario de afiliación a Porvenir S.A., del 11 de abril de 1994, como se indicó anteriormente, en el que se registró la firma de un asesor comercial o ejecutivo de cuenta, sin que se encuentre acreditado que ese asesor brindó la información completa e informada sobre el traslado a la trabajadora, pues ninguna prueba se aportó en tal sentido. Con lo cual no existe prueba en el expediente que demuestre, más allá de toda duda razonable que al menos en esta oportunidad la afiliada hubiera recibido la información adecuada, suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa, que le permitiera decidir libremente el régimen al que quería estar afiliada.

Por otro lado, también se debe tener presente que la doctrina del precedente vertical en la sentencia del 09 de septiembre del año 2008, radicado 31989, ya había definido que la suscripción libre y voluntaria de ese formulario no era suficiente para dar cumplimiento a ese deber de información. Posición que fuera repetida también en forma pacífica por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la Sentencia del 03 de abril de 2019 en los siguientes términos:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son

suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado”.

Incluso en providencias más próximas a la fecha, se ha mantenido inmutable la postura de la Sala, ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia SL 397 del 1 de marzo de 2023 en la que se afirmó:

“En cuanto a la suscripción de uno o varios formularios de afiliación (f.º59), se encuentra adoctrinado que son insuficientes para demostrar que la decisión de traslado estuvo precedida por una ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Tampoco es admisible sostener que la simple rúbrica impuesta en el formulario, en señal de asentimiento, pueda suplir la información que deben brindar las administradoras (entre otros fallos se cita CSJ SL1688-2019)”.

En otro giro, frente al interrogatorio de parte rendido por la demandante en la audiencia celebrada el 21 de mayo de 2024, visible en el archivo 14 del expediente virtual, la Sala avizora que esta no se puede tener como confesión en favor de las demandadas. En dicho medio probatorio únicamente declara no haber recibido información clara y comparada sobre ambos regímenes pensionales, mencionando que se trasladó ya que los asesores le indicaron que al momento de pensionarse, iba a tener intereses que le iban a permitir obtener una pensión con el doble de lo que ganara al momento de pensionarse. Es por ello que, del análisis del interrogatorio de parte de la demandante, no se acredita ninguno de los elementos para considerar que se llenaron los requisitos del artículo 191 numeral segundo para ser considerado como medio de prueba de confesión.

En igual sentido, resulta esencial y de gran relevancia mencionar el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024. Frente al cual la Sala, decide adoptarlo en adelante. Por lo cual, se ha de recordar que en esta decisión, el máximo tribunal constitucional delineó una serie de reglas para el análisis probatorio relacionado con los casos de ineficacia del traslado de los afiliados que cambiaron de régimen pensional al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad entre los años 1993 y 2009. Sobre este aspecto, se dispuso que tales procesos deben regirse exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y el Código General del Proceso, con el objetivo de garantizar el debido proceso. Estas directrices comprenden varias pautas esenciales:

Primero, el juez debe evaluar si el afiliado comprendía las consecuencias de su traslado al (RAIS), conforme a lo dispuesto en los artículos 13 de la Ley 100 de 1993 y 97 del Decreto 663 de 1993. Esto incluye verificar si los asesores de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) informaron adecuadamente sobre los riesgos asociados, las posibilidades de realizar cotizaciones adicionales, las consecuencias de no reunir el capital mínimo requerido para la pensión, la garantía de la pensión mínima y la devolución de saldos.

Asimismo, el juez debe permitir y considerar todas las pruebas necesarias, pertinentes y conducentes, ya sean solicitadas por las partes o requeridas de oficio, conforme al artículo 161 del CGP. Estas pruebas pueden comprender declaraciones, confesiones, testimonios, peritajes, inspecciones judiciales, documentos e indicios.

Además, las pruebas documentales deben ser evaluadas en conjunto con las demás pruebas del expediente. Por ejemplo, los formularios de afiliación, que suelen contener declaraciones sobre la decisión libre y espontánea del traslado, no son suficientes por sí solos para absolver a las demandadas.

En ausencia de pruebas directas, el juez puede recurrir a interrogatorios para esclarecer las circunstancias en que se prestó, o no, la información relevante. Los testimonios de personas que recibieron asesoría conjunta pueden ser fundamentales para determinar la veracidad de los hechos alegados.

Las pruebas indiciarias también deben ser analizadas en conjunto con otros elementos probatorios, de acuerdo con los artículos 176 y 242 del CGP.

Aunque la inversión de la carga de la prueba no debe ser una regla obligatoria, el juez puede, de manera excepcional, invertir la carga de la prueba en casos donde el demandante se encuentre en la imposibilidad de probar los hechos que sustentan sus pretensiones. Esta medida se fundamenta en el artículo 167 del CGP y en la necesidad de proteger al afiliado de una imposición desproporcionada de cargas probatorias que vulneren su derecho al debido proceso y acceso a la justicia.

Con todo lo anterior, la Sala advierte que en el expediente no existe un solo elemento de convicción distinto al formato de vinculación que demuestre que la AFP Porvenir S.A. dio información transparente y completa a la afiliada sobre las características de ambos regímenes pensionales y las implicaciones inherentes de pertenecer a uno u otro al momento en que la demandante suscribió el formulario de afiliación. Lo que conduce a esta Sala a confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado que efectuó la demandante el 11 de abril de 1994, como lo determinó el *a quo*.

Gastos de administración

Ahora bien, como lo indicó el *a quo*, esta Sala debe indicar que la jurisprudencia emitida por parte de la CSJ, al referirse a los efectos de la ineficacia, como la sentencia SL 1535 del 10 de mayo de 2022 señaló que *“es pertinente recordar que se contraen a la devolución de todos los dineros que el fondo hubiera recibido, entre otros, por concepto de las cotizaciones y los bonos pensionales —si fuere el caso—, además de los rendimientos financieros que se hubieren causado, y las cuotas de administración, pues no puede trasladarse una suma inferior a la realmente ahorrada. Lo anterior, bajo la ficción jurídica de que el actor nunca se movió al RAIS o, lo que es igual, que siempre estuvo afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones.”*

Sin embargo, tampoco se puede pasar por alto lo que sobre este tema ha indicado la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024, que es de obligatorio cumplimiento para los operadores judiciales, que en cuanto al principio de sostenibilidad financiera, indicó en los casos en que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, sólo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual. Señaló además que no es factible ordenar el traslado de los valores pagados por concepto de primas de seguros, gastos de administración y porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, ni tampoco que dichos valores fueran reconocidos de forma indexada. La Corte Constitucional, en los acápites de consideraciones de su decisión, expuso lo siguiente:

En primer lugar, en relación con las modalidades de devolución, la Corte aclaró que, materialmente, a pesar de que se declare la ineficacia del traslado, no es posible retrotraer al afiliado al día previo al traslado. Solamente es susceptible de traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y, si se ha pagado, el valor de un bono pensional. Esto se debe a que no toda la cotización es apta para ser trasladada, ya que el aporte se desglosa en primas de seguros, gastos de administración y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Además, no sería posible devolver los aportes voluntarios realizados por el afiliado mientras estuvo en el RAIS, ya que estos implicaron beneficios tributarios para la declaración de renta, la compra de acciones u otro tipo de inversiones, constituyendo situaciones que se consolidaron en el tiempo.

En segundo lugar, respecto a las primas de seguros y el riesgo que estas amparan, la Corte recordó que, mes a mes, se paga el respectivo seguro para cubrir el riesgo de invalidez o muerte. En la Sentencia SU-313 de 2020, se explicó que de la cotización obligatoria del 16%, la Administradora de Fondos Pensionales debe destinar un 11,5% a la cuenta individual del afiliado, un 1,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y un 3% al financiamiento de los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. El seguro previsional que contratan las administradoras del RAIS debe ser colectivo y pagarse obligatoriamente, garantizando así la cobertura adecuada en caso de invalidez o muerte.

En cuanto a los gastos de administración, aunque no se tiene un pronunciamiento expreso en pensiones, la Corte ha sostenido que es legítimo desde el punto de vista constitucional que los particulares que participan en el sistema de salud sean recompensados por los gastos de administración en los que incurren, siempre y cuando no se afecte el derecho fundamental de los usuarios a un servicio de calidad, oportuno y eficiente. Esta misma lógica se aplica a los gastos de administración en pensiones, los cuales tienen un impacto incluso en la determinación del fondo al que pertenece un afiliado. En la Sentencia T-266 de 2023, la Corte protegió los derechos de una afiliada a la que se le negó el traslado por no estar en el aplicativo de traslados, operando en este caso la figura de la afiliación tácita.

Por otro lado, en la Sentencia C-687 de 2017, la Corte analizó una demanda de inconstitucionalidad que cuestionaba la contribución al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, alegando que dicha financiación no era retribuida al afiliado y constituía un enriquecimiento sin

causa. Aunque la Corte se declaró inhibida, destacó que la cotización en el RAIS no sólo nutre la cuenta de ahorro individual, sino también un componente de solidaridad, siendo así reconocidas numerosas pensiones de vejez bajo la Garantía de Pensión Mínima.

Por los anteriores argumentos, se adoptará esta nueva postura por parte de esta Sala, entendiendo que, con la declaración de ineficacia, la AFP deberá devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, los ahorros de la cuenta individual del afiliado, los rendimientos financieros y el bono pensional, dejando atrás cualquier criterio anterior.

En este contexto, y considerando la postura de la Corte Constitucional, dado que Porvenir S.A. apeló lo relacionado con las primas de seguros previsionales y los gastos de administración, se revoca parcialmente el numeral **tercero** de la sentencia de primera instancia. Esto se hará con el propósito de exonerar a la entidad de dichos conceptos, condenando únicamente a la devolución de los ahorros de la cuenta individual del afiliado, los rendimientos financieros y el bono pensional si fue pagado, con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Permanencia en el RAIS

Ahora bien, en cuanto al tiempo de permanencia en el RAIS, por parte de la actora, lo cierto es que ni el tiempo de permanencia en el RAIS ni los traslados realizados entre fondos; ni el hecho de no haberse trasladado el afiliado al régimen de prima media con prestación definida dentro del término legal, convalida la actuación irregular que genera la ineficacia, por ser hechos ocurridos con posterioridad a la fecha de traslado de régimen pensional, ya que el que presentó la irregularidad que genera la ineficacia, tal como lo tiene adoctrinado la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia adiado el 02 de marzo de 2022 bajo radicado SL1055-2022, MP IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ, mediante la cual se aclaró:

“Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. (...)

Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la

voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.”

Por otra parte, la Sala de Descongestión No.3 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia recientemente reiteró:

“Ahora, en este punto la Corte no pasa inadvertido que el Tribunal concluyó que el traslado fue voluntario pues la actora se afilió a otras administradoras del mismo régimen pensional, lo cual respalda Colpensiones bajo la teoría de los actos de relacionamiento que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer en el RAIS y, a su vez, la recurrente critica al indicar que el estudio de la acción de ineficacia debe centrarse simplemente en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial, sin que la afiliación misma suponga que ello se acató.

Pues bien, la postura del Tribunal es contraria a la que ha adocinado la Corte en su jurisprudencia, que sobre este punto tiene un carácter consolidado y reiterado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021). En estas providencias se ha señalado claramente que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras privadas de este esquema. (CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5688-2021)

Para finalizar, en nada modifica la situación el número de años de permanencia de la actora en el RAIS y menos implica que el traslado se haya formalizado con su consentimiento informado.”

Sostenibilidad financiera

De otra parte, para abordar a la inconformidad referida por la apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones, frente a la sostenibilidad del sistema financiero se encuentra que ya se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicando que dicho principio constitucional no se ve afectado con la declaratoria de ineficacia del traslado, dado a que como se señaló previamente, la AFP tiene el deber de restituir los valores recibidos por concepto de la afiliación del accionante con todos sus frutos, con lo cual se compensan las cotizaciones que debió efectuar el accionante el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y se financia la pensión a recibir, indistintamente si se han cotizado en un fondo público o en una cuenta de ahorro individual.

Así lo señaló la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, precisando:

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

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

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

Lo anterior también ha sido reiterado en sentencias posteriores como la SL1440-2021 y la SL1497-2022, en esta última con toda claridad la Corte precisó: *“Tampoco se atenta contra la sostenibilidad financiera del Sistema, en la medida en que la ley dispone las fuentes de financiamiento de las prestaciones económicas que éste reconoce y, en todo caso, la ineficacia comporta unos efectos que pasan a explicarse más adelante, lo que supone, entre otras cosas, que la totalidad del ahorro pensional efectuado, con los elementos que lo integran, pasen de la AFP a la administradora del Régimen de Prima Media.”*

En los anteriores términos quedan resueltos el grado jurisdiccional de consulta y los recursos de apelación presentado por las demandadas.

COSTAS

Sin costas o agencias en derecho en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Primero Laboral del Circuito de Bogotá, que ordenó a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar a COLPENSIONES los aportes efectuados por la parte demandante CELINA ISABEL RUSSO DÍAZ identificada con C.C. No. 63.297.460 en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, y lo indicado en esta decisión judicial lo que tiene que ver con prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el aquí demandante estuvo afiliado a la administradora de fondo de pensiones y cesantías. Y en su lugar **ORDENAR** a la AFP PORVENIR S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorros del demandante junto con los bonos pensionales, en caso de que ya se encuentren redimidos, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



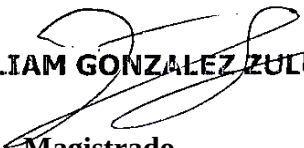
RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado

Salvamento parcial de voto

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Celina Isabel Russo Díaz

Demandados: Colpensiones y Porvenir S.A.

Radicado: 110013105001-2022-00260-01

Señores partes en el proceso, distinguidos compañeros de Sala de Decisión, comunidad jurídica en general:

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por esta Corporación, tratando de exponer sencilla y sintéticamente los motivos de mi salvamento parcial de voto, a continuación, resumo los argumentos por los cuales no comparto la razón de decidir acogida en la providencia mayoritariamente aprobada en lo que concierne a la no devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y prima de seguros previsionales debidamente indexadas:

De conformidad con lo decantado por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia SU 107 de 2024, es criterio mayoritario de esta Sala de decisión decretar la improcedencia de la devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y primas de seguros previsionales debidamente indexadas, en el entendido que, al configurarse

la disposición de los aludidos emolumentos situaciones jurídicas consolidadas, se encuentra vedado su devolución por el solo hecho de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

Sin embargo, considera quien ahora escribe que el enunciado raciocinio desconoce los efectos jurídicos de las acciones judiciales de “*ineficacia*” habida cuenta que, en su sentido estricto, la referida institución normativa propugna por retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio declarado ineficaz no hubiera existido; es decir, su declaratoria produce efectos *ex tunc -desde siempre-*, y no *ex nunc -desde ahora-*.

Colofón de lo anterior, por constituir el criterio mayoritario, ese sí, una afrenta al principio constitucional de sostenibilidad financiera, puesto que, al denegar la devolución indexada de los referenciados emolumentos, restringe la fuente de financiación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida para el futuro reconocimiento prestacional en provecho del afiliado, supuesto que conlleva a la materialización del déficit presupuestal aducido por Colpensiones, manifiesto que salvo parcialmente mi voto, toda vez que, con la postura mayoritaria, se estaría apoyando una decisión que considero injusta para con el Sistema General de la Seguridad Social en Pensiones.

Fecha ut supra.



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



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

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR OSCAR HERNANDO OLAYA RINCON contra SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Radicación No. 11001-31-05-019-**2022-00195-01**.

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticinco (2025); se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022; con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Porvenir S.A. y el apoderado de Colfondos S.A. y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia del 30 de mayo de 2024 proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente sentencia:

SENTENCIA

El demandante Oscar Hernando Olaya Rincón, por intermedio de su apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas anteriormente referidas, solicitando que se declare la nulidad del traslado del régimen pensional de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad administrado por el fondo de pensiones Porvenir S.A. y Colfondos S.A.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se ordene a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones todas las cotizaciones y ahorros, incluidos sus rendimientos y bonos pensionales que reposan en la cuenta de ahorro individual de esta AFP. De igual manera, que Colpensiones reactive la afiliación del demandante sin solución de continuidad.

Por último, que se condene a las demandadas al pago de costas, agencias en derecho, lo ultra y extra petita.

En respaldo de sus pretensiones indica que nació el 15 de julio de 1960 y se afilió al sistema general de pensiones el 18 de enero de 1983, cotizando 858 semanas en el RPM y 775 semanas en el RAIS al 30 de septiembre de 2021, para un total de 1633 semanas.

Que se trasladó al RAIS el 01 de agosto de 2006, debido a que un asesor comercial de Porvenir S.A, le manifestó que el seguro social no le convenía para pensionarse, porque no le entregaba cuentas de sus aportes y que el ISS iba a colapsar. Posteriormente el mismo asesor cambió de trabajo, vinculándose a Colfondos S.A, de modo que usó los mismos argumentos para trasladar al demandante a esta AFP.

Que, al acercarse el tiempo de pensionarse, se dio cuenta del engaño del que fue víctima, ya que en Colfondos S.A. no tendría una pensión digna, producto de sus aportes al sistema, como lo tendría en Colpensiones.

Actuación procesal

El Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 23 de junio de 2022, y ordenó la notificación de las demandadas, así como de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Colpensiones, Colfondos S.A. y Porvenir S.A. contestaron la demanda en los términos del archivo 05, 07 y 08 respectivamente del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 30 de mayo de 2024 resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR la INEFICACIA del traslado del señor OSCAR HERNANDO OLAYA RINCON, identificado con C.C N° 3.195.560, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A, identificada con NIT N° 800.144.331.3, realizado el día 14 de junio de 2006, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante OSCAR HERNANDO OLAYA RINCON, identificado con C.C N° 3.195.560, al régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la Administradora Colombiana de Pensiones, COLPENSIONES, desde el 18 de enero de 1983, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motivo de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A DE PENSIONES Y CESANTÍAS, identificada con NIT N° 800.149.496-2, quien actualmente administra los

aportes de la demandante y a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A quien fue la AFP que realizó el traslado primigenio a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES. COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de afiliación del señor OSCAR HERNANDO OLAYA RINCON identificado con C.C. N° 3.195.560, como cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sumas debidamente indexadas, donde COLPENSIONES está obligada a recibir dichas sumas.

CUARTO. Al momento de cumplirse esta orden los conceptos deberían discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Por lo tanto, se REQUIERE a COLPENSIONES para que proceda a actualizar la historia laboral de la parte demandante.

QUINTO. ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra por las razones expuestas en esta providencia.

SEXTO: Se condene en costas a la demandada PORVENIR, Tásense por secretaría.

SÉPTIMO: En caso de no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de CONSULTA.

Para adoptar esta decisión, el operador de instancia afirma que las premisas normativas que se tienen en cuenta son, el artículo 60 y 61 del CPT y de la SS sobre la valoración de la prueba, los artículos 164, 165 y 166 del CGP sobre la carga dinámica de la prueba, el artículo 13 literal b, 271 y 272 de la ley 100 de 1993 y el artículo 21 de la ley 795 de 2003, el artículo 3 literal c de la ley 1328 de 2009, el decreto 2241 de 2010 y ley 748 de 2014, SU062 de 2010, SL1452, 1688 y 1689 de 2019 y 1055 de 2022.

La pretensión principal del caso es el estudio de la ineficacia por falta de información, sin embargo, el despacho se pronuncia sobre la sentencia SU062 de 2010 establece la posibilidad de devolverse a los afiliados del régimen de transición.

La CSJ ha determinado que las entidades que administran el tema pensional deben garantizar la información de manera libre y voluntaria a los afiliados o futuros afiliados con la entrega de una información que debe ser suficiente y permita elegir entre las opciones, la que mejor se ajuste a sus intereses, es necesaria la descripción de características, condiciones, acceso y servicios de los dos regímenes pensionales y también si hay una condición particular de régimen de transición.

Los fondos de pensiones son sociedades de servicio financiero y de seguridad social y tienen una gran carga de información oportuna, pues de ellos dependen intereses sociales como es la protección de la vejez, invalidez y muerte.

El despacho concluye que la AFP Porvenir S.A. faltó al deber de información y no le está permitido en esas condiciones hacer el cambio del demandante, de manera que se deja sin efectos el traslado que se dio en el año 2006 del RPM al RAIS. Motivo por el cual se declara la ineficacia de traslado, es decir, que este no surtió efecto alguno.

La prescripción se declara no probada, toda vez que la declaratoria de ineficacia de régimen pensional es imprescriptible.

Recurso de Apelación y grado jurisdiccional de consulta.

La apoderada de Porvenir S.A. presentó recurso de alzada en contra de la sentencia de primera instancia, solicitando que se sirva revocar la decisión en lo que corresponde a la declaratoria de ineficacia de afiliación del demandante al RAIS, así como las condenas impuestas en contra de la AFP Porvenir S.A.

En primer lugar, dice que si bien existe un precedente jurisprudencial planteado por la CSJ, esta misma corporación ha indicado que no se puede aplicar de manera homogénea todos los procesos donde se solicita la nulidad e ineficacia de la afiliación por el incumplimiento del deber de información ya que en efecto debe existir una similitud en las condiciones fácticas de cada caso, situación que no se da en el presente asunto, pues el demandante realizó válidamente su traslado de régimen pensional, de manera voluntaria sin presiones e informado, todo esto de conformidad con la normatividad vigente para el momento del traslado.

Con independencia de la información otorgada al momento del traslado, las condiciones, características, ventajas y desventajas del RAIS se encontraban establecidas en la ley 100 de 1993, por lo que el demandante pudo validar en cualquier momento el contenido de la información otorgada por la AFP Porvenir S.A, de igual manera como todo consumidor financiero el demandante debía actuar con mediana diligencia, lo cual suponía por lo menos obtener una información suficiente sobre el acto jurídico que estaba adoptando si consideraba que la información que se le brindó en su momento no era la necesaria, con mayor razón si los datos relevantes que permitieron precisar las consecuencias de esa decisión estaban claramente determinados en normas legales de común conocimiento.

Así mismo, el actuar de Porvenir S.A. siempre ha sido con buena fe objetiva pues todas las acciones se ejecutaron en virtud de los presupuestos legales al momento del traslado de régimen pensional.

Por otro lado, respecto de la declaratoria de ineficacia, no resulta procedente que la administradora deba restituir las sumas que pagó por concepto de primas de seguros previsionales por cuanto estos ya no se encuentran en su poder y Porvenir S.A. está en obligación de contratar

estos seguros y este contrato es un contrato de tracto sucesivo que ya surtió plenos efectos y el demandante durante su afiliación estuvo válidamente protegido, también resulta improcedente la devolución de los gastos administrativos de conformidad con lo preceptuado por la Superfinanciera, al señalar dicho ente que el traslado de recursos de los regímenes pensionales se debe efectuar por la norma específicamente prevista para ello, que lo sería el artículo 7 del decreto 3995 del 2008, disposición normativa que se debe aplicar en todos los casos en que por cualquier circunstancia sea necesario efectuarse un traslado de recursos, lo que desde luego incluyen las restituciones.

De otra parte, solicita que se aplique la sentencia SU 107 del 2024 respecto de las sumas que deben ser trasladadas en los casos en los que se declara la ineficacia, ya que indicó la Corte Constitucional que sólo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual, rendimientos y el bono pensional si ha sido efectivamente pagado, sin que sea factible ordenar el traslado de los valores pagados por las distintas primas, gastos de administración y porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima, ni menos dichos valores de manera indexada, ya que se tratan de hechos consolidados que, no es procedente retrotraer estas situaciones con la declaración de ineficacia.

También solicita revocar la decisión de instancia relativa a la indexación de los valores objeto de la condena impuesta en la medida que igualmente se dispuso la devolución de los rendimientos del capital que se generaron en el RAIS, y ello es así, como lo ha venido señalando el Tribunal de Cundinamarca como el de Cali, en donde se ha determinado que no es viable ordenar la indexación toda vez que con el traslado de los rendimientos financieros ya se está compensando cualquier tipo de depreciación en el poder adquisitivo que haya podido tener la moneda.

El apoderado de Colfondos S.A. presentó recurso de alzada en contra de la sentencia en primera instancia, indicando que el fondo de pensiones siempre ha cumplido con el deber de informar sobre las características, ventajas y desventajas propias de cada régimen pensional, jamás existió omisión en la información como tampoco indebida o equivocada accesoria a la parte demandante, resulta claramente demostrado esto porque si se revisa la documental, se encuentra que el fondo que realizó ese traslado en su formulario de afiliación dispone toda la información que fue requerida por la normatividad aplicable para la época, y es precisamente el artículo 11 del decreto 692 de 1994, es decir, la información que fue suministrada por el fondo al momento de realizar el traslado y que fue suscrito por la parte demandante, cumplía con los lineamientos exigidos por la normatividad que era aplicable en aquella época, lo que demuestra que la parte accionante dejó constancia que su elección fue efectuada de forma libre, espontánea, sin presiones e informada, pues en aquel momento no había una norma que exigiera a los fondos tener un registro adicional al formulario de afiliación y toda vez que estas asesorías siempre se han manejado de forma verbal.

Con relación a la línea jurisprudencial de la CSJ, se encuentra en desacuerdo con esta, en principio el tema clave para conceder este tipo de demandas resulta en la inversión de la carga de la prueba, o en la carga de la prueba atribuida a los fondos privados administradores de pensiones. La interpretación que hace la corte del artículo 1604 del código civil hace que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva, toda vez que no exige al

demandante aportar soporte alguno que demuestre la existencia de que esta información que se le dio al momento de trasladarse fue equivocada o fue errónea y que fue con intención de engañarlo o inducirlo a un error ocasionándole perjuicios a futuro, pero en cambio sí obliga a que toda la carga probatoria recaiga exclusivamente en los fondos privados sin que exista un menor esfuerzo procesal en cabeza de la parte demandante.

En lo que tiene que ver con la devolución de rendimientos, intereses y demás frutos considera esta situación jurídicamente contradictoria toda vez que la parte demandante solicita que se declare que para efectos legales sea ineficaz el traslado del régimen realizado, en otras palabras lo que la contraparte está pidiendo y lo que le concedió el despacho es que se declare que legalmente nunca se trasladó desde el régimen de prima media al régimen de ahorro individual, pero al mismo tiempo solicita el pago de porcentaje correspondientes a los gastos de administración, comisiones, primas del seguro provisionales de invalidez y sobrevivencia, además el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima por el tiempo que permaneció afiliado en el régimen de ahorro individual. Si se declara que el demandante nunca estuvo afiliado al régimen de ahorro individual y que nunca sucedió legalmente esta afiliación o este traslado, entonces se pregunta cómo pudo causar el derecho a percibir el pago de los porcentajes correspondiente a gastos de administración, comisiones, primas de seguro previsional y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima.

Es de anotar que nuestro ordenamiento jurídico se caracteriza por ser inescindible, lo que implica que un criterio jurídico o la aplicación de la norma no es algo que se pueda fragmentar, por lo que no puede pretender la parte demandante que nunca estuvo afiliado a Colfondos S.A. para efectos de retorno a Colpensiones pero a la vez pretender que sí estuvo afiliado a la AFP para efectos del pago de las sumas de dinero que solicitan, es decir, no puedo tomar de un régimen lo que me favorece, que son los rendimientos y todas las sumas que está solicitando y desechar lo que no me favorece, que es la mesada pensional.

Lo anterior lleva que si se aplica la pensión en el RPM, sea con estas características y no una pensión híbrida con las características de un régimen y otro.

En caso de que se confirme esta decisión por parte del tribunal, se estaría originando un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, toda vez que en el RPM no se obtienen los rendimientos ni las sumas adicionales por los porcentajes ya descritos, siendo esta una situación jurídicamente improcedente.

En igual sentido, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Admitido el recurso de apelación con auto del 21 de agosto de 2024 por esta Corporación, se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Así mismo se estudiará en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver consiste en: i) Determinar si efectivamente existió una ineficacia en el momento del traslado de la accionante del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al régimen de ahorro individual (RAIS), como consecuencia de la falta de información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, para así escoger la mejor opción para su caso particular; y ii) Si se debe absolver a las demandas de la condena de devolución de gastos de administración, seguros previsionales, fondo de garantía de pensión mínima e indexación.

De la ineficacia del traslado

Para la resolución de este asunto, debe considerarse que las AFP tienen un deber legal de suministrar a sus potenciales afiliados información objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Este deber existía desde la creación del sistema de seguridad social integral, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL 1452-2019, SL 1688-2019, SL 1689-2019, SL 4426-2019, SL 3464-2019, SL 4360- 2019, SL 2611-2020, SL 4806-2020 y SL 373-2021).

En el referido artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se recalcó la importancia del deber de información de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria hoy Superfinanciera, incluyendo naturalmente a las Administradoras de Fondo de Pensiones, al contemplar textualmente que *"Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado"*.

Así mismo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra las obligaciones de los promotores en los siguientes términos: *"Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado"*.

De igual manera, debe considerarse que la suscripción de un formulario por parte del afiliado, que pueda o no, contener afirmaciones en el sentido de indicar que la afiliación se realiza de

forma libre y voluntaria, no liberan a las AFP de su obligación de brindar información completa, objetiva y comparada de los distintos regímenes pensionales y las consecuencias asociadas al traslado entre ellos. A lo sumo, estas expresiones acreditan un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (SL 4964 de 2018, SL 4964 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3193 de 2023).

De suerte que, para la Sala, no cabe duda en cuanto a la existencia de un compendio normativo que obligaba a las administradoras de pensiones a informar en el momento del traslado, en forma, clara, completa, objetiva, veraz y transparente acerca de las características de ambos regímenes. Sobre este punto en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en la sentencia SL 1688 de 2019 con radicado No.68838, precisó desde cuándo se encontraba en cabeza de esas administradoras de pensiones, esa obligación probatoria en los siguientes términos:

“Desde este punto de vista, para la Corte es claro que, desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»”.

Descendiendo al caso bajo estudio, será necesario remitirse a las pruebas obrantes en el expediente, pues se trata de una cuestión eminentemente fáctica y jurídica. Encontrando que se aportó al expediente el formulario de afiliación a Porvenir S.A., del 14 de junio de 2006, como se indicó anteriormente, en el que se registró la firma de un asesor comercial o ejecutivo de cuenta, sin que se encuentre acreditado que ese asesor brindó la información completa e informada sobre el traslado a la trabajadora, pues ninguna prueba se aportó en tal sentido. Con lo cual no existe prueba en el expediente que demuestre, más allá de toda duda razonable que al menos en esta oportunidad el afiliado hubiera recibido la información adecuada, suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa, que le permitiera decidir libremente el régimen al que quería estar afiliado.

Por otro lado, también se debe tener presente que la doctrina del precedente vertical en la sentencia del 09 de septiembre del año 2008, radicado 31989, ya había definido que la suscripción libre y voluntaria de ese formulario no era suficiente para dar cumplimiento a ese deber de información. Posición que fuera repetida también en forma pacífica por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la Sentencia del 03 de abril de 2019 en los siguientes términos:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado”.

Incluso en providencias más próximas a la fecha, se ha mantenido inmutable la postura de la Sala, ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia SL 397 del 1 de marzo de 2023 en la que se afirmó:

“En cuanto a la suscripción de uno o varios formularios de afiliación (f.º59), se encuentra adoctrinado que son insuficientes para demostrar que la decisión de traslado estuvo precedida por una ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Tampoco es admisible sostener que la simple rúbrica impresa en el formulario, en señal de asentimiento, pueda suplir la información que deben brindar las administradoras (entre otros fallos se cita CSJ SL1688-2019)”.

En otro giro, frente al interrogatorio de parte rendido por el demandante en la audiencia celebrada el 31 de enero de 2024, visible en el archivo 11 del expediente virtual, la Sala avizora que esta no se puede tener como confesión en favor de las demandadas. En dicho medio probatorio únicamente declara no haber recibido información clara y comparada sobre ambos regímenes pensionales, mencionando que se trasladó ya el asesor le indicó que el ISS se iba a quebrar. Es por ello que, del análisis del interrogatorio de parte del demandante, no se acredita ninguno de los elementos para considerar que se llenaron los requisitos del artículo 191 numeral segundo para ser considerado como medio de prueba de confesión.

En igual sentido, resulta esencial y de gran relevancia mencionar el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024. Frente al cual la Sala, decide adoptarlo en adelante. Por lo cual, se ha de recordar que en esta decisión, el máximo tribunal constitucional delineó una serie de reglas para el análisis probatorio relacionado con los casos de ineficacia del traslado de los afiliados que cambiaron de régimen pensional al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad entre los años 1993 y 2009. Sobre este aspecto, se dispuso que tales procesos deben regirse exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y el Código General del Proceso, con el objetivo de garantizar el debido proceso. Estas directrices comprenden varias pautas esenciales:

Primero, el juez debe evaluar si el afiliado comprendía las consecuencias de su traslado al (RAIS), conforme a lo dispuesto en los artículos 13 de la Ley 100 de 1993 y 97 del Decreto 663 de 1993. Esto incluye verificar si los asesores de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) informaron adecuadamente sobre los riesgos asociados, las posibilidades de realizar cotizaciones adicionales, las consecuencias de no reunir el capital mínimo requerido para la pensión, la garantía de la pensión mínima y la devolución de saldos.

Asimismo, el juez debe permitir y considerar todas las pruebas necesarias, pertinentes y conducentes, ya sean solicitadas por las partes o requeridas de oficio, conforme al artículo 161 del CGP. Estas pruebas pueden comprender declaraciones, confesiones, testimonios, peritajes, inspecciones judiciales, documentos e indicios.

Además, las pruebas documentales deben ser evaluadas en conjunto con las demás pruebas del expediente. Por ejemplo, los formularios de afiliación, que suelen contener declaraciones sobre la decisión libre y espontánea del traslado, no son suficientes por sí solos para absolver a las demandadas.

En ausencia de pruebas directas, el juez puede recurrir a interrogatorios para esclarecer las circunstancias en que se prestó, o no, la información relevante. Los testimonios de personas que recibieron asesoría conjunta pueden ser fundamentales para determinar la veracidad de los hechos alegados.

Las pruebas indiciarias también deben ser analizadas en conjunto con otros elementos probatorios, de acuerdo con los artículos 176 y 242 del CGP.

Aunque la inversión de la carga de la prueba no debe ser una regla obligatoria, el juez puede, de manera excepcional, invertir la carga de la prueba en casos donde el demandante se encuentre en la imposibilidad de probar los hechos que sustentan sus pretensiones. Esta medida se fundamenta en el artículo 167 del CGP y en la necesidad de proteger al afiliado de una imposición desproporcionada de cargas probatorias que vulneren su derecho al debido proceso y acceso a la justicia.

Con todo lo anterior, la Sala advierte que en el expediente no existe un solo elemento de convicción distinto al formato de vinculación que demuestre que la AFP Porvenir S.A. dio información transparente y completa al afiliado sobre las características de ambos regímenes pensionales y las implicaciones inherentes de pertenecer a uno u otro al momento en que el demandante suscribió el formulario de afiliación. Lo que conduce a esta Sala a confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado que efectuó el demandante el 14 de junio de 2006, como lo determinó el *a quo*.

Gastos de administración

Ahora bien, como lo indicó el *a quo*, esta Sala debe indicar que la jurisprudencia emitida por parte de la CSJ, al referirse a los efectos de la ineficacia, como la sentencia SL 1535 del 10 de mayo de 2022 señaló que *“es pertinente recordar que se contraen a la devolución de todos los dineros que el fondo hubiera recibido, entre otros, por concepto de las cotizaciones y los bonos pensionales —si fuere el caso—, además de los rendimientos financieros que se hubieren causado, y las cuotas de administración, pues no puede trasladarse una suma inferior a la realmente ahorrada. Lo anterior, bajo la ficción jurídica de que el actor nunca se movió al RAIS o, lo que es igual, que siempre estuvo afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones.”*

Sin embargo, tampoco se puede pasar por alto lo que sobre este tema ha indicado la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024, que es de obligatorio cumplimiento para los operadores judiciales, que en cuanto al principio de sostenibilidad financiera, indicó en los casos en que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, sólo es posible ordenar el

traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual. Señaló además que no es factible ordenar el traslado de los valores pagados por concepto de primas de seguros, gastos de administración y porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, ni tampoco que dichos valores fueran reconocidos de forma indexada. La Corte Constitucional, en los acápites de consideraciones de su decisión, expuso lo siguiente:

En primer lugar, en relación con las modalidades de devolución, la Corte aclaró que, materialmente, a pesar de que se declare la ineficacia del traslado, no es posible retrotraer al afiliado al día previo al traslado. Solamente es susceptible de traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y, si se ha pagado, el valor de un bono pensional. Esto se debe a que no toda la cotización es apta para ser trasladada, ya que el aporte se desglosa en primas de seguros, gastos de administración y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Además, no sería posible devolver los aportes voluntarios realizados por el afiliado mientras estuvo en el RAIS, ya que estos implicaron beneficios tributarios para la declaración de renta, la compra de acciones u otro tipo de inversiones, constituyendo situaciones que se consolidaron en el tiempo.

En segundo lugar, respecto a las primas de seguros y el riesgo que estas amparan, la Corte recordó que, mes a mes, se paga el respectivo seguro para cubrir el riesgo de invalidez o muerte. En la Sentencia SU-313 de 2020, se explicó que de la cotización obligatoria del 16%, la Administradora de Fondos Pensionales debe destinar un 11,5% a la cuenta individual del afiliado, un 1,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y un 3% al financiamiento de los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. El seguro previsional que contratan las administradoras del RAIS debe ser colectivo y pagarse obligatoriamente, garantizando así la cobertura adecuada en caso de invalidez o muerte.

En cuanto a los gastos de administración, aunque no se tiene un pronunciamiento expreso en pensiones, la Corte ha sostenido que es legítimo desde el punto de vista constitucional que los particulares que participan en el sistema de salud sean recompensados por los gastos de administración en los que incurren, siempre y cuando no se afecte el derecho fundamental de los usuarios a un servicio de calidad, oportuno y eficiente. Esta misma lógica se aplica a los gastos de administración en pensiones, los cuales tienen un impacto incluso en la determinación del fondo al que pertenece un afiliado. En la Sentencia T-266 de 2023, la Corte protegió los derechos de una afiliada a la que se le negó el traslado por no estar en el aplicativo de traslados, operando en este caso la figura de la afiliación tácita.

Por otro lado, en la Sentencia C-687 de 2017, la Corte analizó una demanda de inconstitucionalidad que cuestionaba la contribución al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, alegando que dicha financiación no era retribuida al afiliado y constituía un enriquecimiento sin causa. Aunque la Corte se declaró inhibida, destacó que la cotización en el RAIS no sólo nutre la cuenta de ahorro individual, sino también un componente de solidaridad, siendo así reconocidas numerosas pensiones de vejez bajo la Garantía de Pensión Mínima.

Por los anteriores argumentos, se adoptará esta nueva postura por parte de esta Sala, entendiendo que, con la declaración de ineficacia, la AFP deberá devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, los ahorros de la cuenta individual del afiliado, los rendimientos financieros y el bono pensional, dejando atrás cualquier criterio anterior.

En este contexto, y considerando la postura de la Corte Constitucional, dado que Porvenir S.A. y Colfondos S.A. apelaron lo relacionado con las primas de seguros previsionales y los gastos de administración, se revoca parcialmente el numeral **tercero** de la sentencia de primera instancia. Esto se hará con el propósito de exonerar a la entidad de dichos conceptos, condenando únicamente a la devolución de los ahorros de la cuenta individual del afiliado, los rendimientos financieros y el bono pensional si fue pagado, con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

En los anteriores términos quedan resueltos el grado jurisdiccional de consulta y los recursos de apelación presentado por las demandadas.

COSTAS

Sin costas o agencias en derecho en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Diecinueve Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó a las AFP COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de afiliación del señor OSCAR HERNANDO OLAYA RINCON identificado con C.C. N° 3.195.560, como cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración. Y en su lugar **CONDENAR** a las AFP COLFONDOS S.A. y PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES los aportes y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorros del demandante, junto con los bonos pensionales, en caso de que ya se encuentren redimidos, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado

Salvamento parcial de voto

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Oscar Hernando Olaya Rincón

Demandados: Colpensiones, Colfondos S.A., y Porvenir S.A.

Radicado: 110013105019-2022-00195-01

Señores partes en el proceso, distinguidos compañeros de Sala de Decisión, comunidad jurídica en general:

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por esta Corporación, tratando de exponer sencilla y sintéticamente los motivos de mi salvamento parcial de voto, a continuación, resumo los argumentos por los cuales no comparto la razón de decidir acogida en la providencia mayoritariamente aprobada en lo que concierne a la no devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y prima de seguros previsionales debidamente indexadas:

De conformidad con lo decantado por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia SU 107 de 2024, es criterio mayoritario de esta Sala de decisión decretar la improcedencia de la devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y primas de seguros previsionales debidamente indexadas, en el entendido que, al configurarse

la disposición de los aludidos emolumentos situaciones jurídicas consolidadas, se encuentra vedado su devolución por el solo hecho de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

Sin embargo, considera quien ahora escribe que el enunciado raciocinio desconoce los efectos jurídicos de las acciones judiciales de “*ineficacia*” habida cuenta que, en su sentido estricto, la referida institución normativa propugna por retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio declarado ineficaz no hubiera existido; es decir, su declaratoria produce efectos *ex tunc -desde siempre-*, y no *ex nunc -desde ahora-*.

Colofón de lo anterior, por constituir el criterio mayoritario, ese sí, una afrenta al principio constitucional de sostenibilidad financiera, puesto que, al denegar la devolución indexada de los referenciados emolumentos, restringe la fuente de financiación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida para el futuro reconocimiento prestacional en provecho del afiliado, supuesto que conlleva a la materialización del déficit presupuestal aducido por Colpensiones, manifiesto que salvo parcialmente mi voto, toda vez que, con la postura mayoritaria, se estaría apoyando una decisión que considero injusta para con el Sistema General de la Seguridad Social en Pensiones.

Fecha ut supra.



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



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

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR BRENDAN JOHN TRAINOR contra FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN. Radicación No. 11001-31-05-036-**2019-00204-01.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticinco (2025); se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022; con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por la apoderada del demandante BRENDAN JOHN TRAINOR y el apoderado de la demandada FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN contra la sentencia del 10 de mayo de 2024 proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los Magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

El demandante Brendan John Trainor, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la demandada antes referida para que se declare que entre el demandante y la demandada existió un contrato de trabajo a término indefinido, el cual inició el día 29 de julio de 2013 y terminó el día 30 de noviembre de 2014, por decisión unilateral y sin justa causa del empleador.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a la demandada al pago de los siguientes conceptos: los Salarios adeudados; las vacaciones por todo el tiempo laborado; las primas de servicio por todo el tiempo laborado; las cesantías por todo el tiempo laborado; los intereses sobre las cesantías; la indemnización por no haberse pagado las cesantías ni consignado en el fondo de cesantías; la indemnización por terminación del contrato sin justa causa; la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo; las cotizaciones por seguridad social debidamente

indexadas; los perjuicios morales y materiales por el incumplimiento de las obligaciones y por el despido sin justa causa; todo lo probado *ultra y extra petita*; las costas y agencias en derecho; que se condene a la demandada a pagar los daños y perjuicios.

En respaldo de sus pretensiones manifestó que, entre el demandante y la demandada, existió un contrato de trabajo a término indefinido dentro de los extremos antes mencionados; que prestaba servicios de profesor de inglés; que el empleador dio por terminado el contrato de trabajo sin media justa causa para ello el 30 de noviembre de 2014; que hasta fecha no le han pagado las mesadas por su trabajo; tampoco han pagado las cesantías y prestaciones sociales tanto las del primero como del segundo semestre del mismo año.

Refiere que en múltiples ocasiones fue objeto citas en las instalaciones para que le pagaran, pero no le pagaron las prestaciones adeudadas. Indica que logró obtener unos soportes para que le fueran pagadas las obligaciones laborales dado que la empresa presentaba algunos inconvenientes con el Ministerio de Educación, con sus estudiantes y demás trabajadores, al punto que las instalaciones de la universidad fueron intervenidas y fue negado el acceso a las oficinas de administración.

En cuanto al salario, asegura que se acordó la suma de \$1.232.016 mensuales para dictar clases en las horas de la tarde; que la señora Claudia Rivera era la jefe encargada del área de inglés; que la abogada de la universidad acordó con el demandante el pago de los salarios y prestaciones adeudadas mediante escrito que se anexa a la demanda. Por último, refiere que no le pagaron la seguridad social y que la demandada se aprovechó que es de nacionalidad Irlandesa para vulnerar sus derechos laborales, al punto que ha presentado diferentes dificultades para proveer sus necesidades básicas de alimentación y vivienda frente a los incumplimientos de la demandada.

Actuación procesal

Subsanada y admitida la demanda con auto del 23 de octubre de 2019, el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá ordenó notificar a la demandada (fol. 45 archivo 01). Cumplido lo anterior, la demandada no contestó la demanda en los términos otorgados, motivo por el cual, mediante auto del 02 de septiembre de 2022 se da por no contestada la demanda (archivo 07). Posteriormente, con auto del 15 de junio de 2023 el juzgado de conocimiento declaró la nulidad de todo lo actuado a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda y tuvo por notificada a la demandada por conducta concluyente, otorgándole un término de 10 días para contestar la demanda. Cumplido lo anterior, mediante auto del 27 de septiembre de 2023 se tuvo por contestada la demanda (archivo 23).

Sentencia de primera instancia

El Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 10 de mayo de 2024 resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR que entre el señor JOHN TRAINOR BRENDA y la convocada FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN, existieron tres contratos de trabajo de docencia por duración del periodo académico así:

- 1. Un contrato verbal laboral de docencia por duración del periodo académico, desde el 29 julio del 2013, hasta el 29 diciembre de 2013*
- 2. Un contrato por duración del periodo académico, comprendido entre el 27 de enero del 2014, hasta el 30 de mayo de 2014*
- 3. Un contrato laboral de docencia por duración del periodo académico, comprendido entre el 28 de julio del 2014, hasta el 30 de noviembre de 2014, devengando como salario \$1.232.016.*

SEGUNDO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

TERCERO: CONDENAR a la demandada a solicitar a COLPENSIONES realizar el correspondiente calculo actuarial por los periodos durante los cuales estuvo vigente el contrato de trabajo y proceder con el pago del mismo.

CUARTO: COSTAS a cargo de la demandada. Líquidese como agencias en derecho la suma de \$500.000 a favor de la demandante.”.

Para llegar a la anterior conclusión, la jueza indicó que, frente a la concurrencia de los 3 elementos esenciales del contrato de trabajo, esto es, la prestación personal del servicio, la continuada subordinación o dependencia y la remuneración, necesariamente surge a la vida jurídica el contrato de trabajo, indistintamente del nombre que le quieran dar las partes conforme al principio de primacía de la realidad sobre las formas reglada en el artículo 53 de la Constitución Política en concordancia con la presunción establecida en el artículo 24 del CST. Con relación al tipo de contrato suscrito por las partes, recordó que en el ordenamiento jurídico se dispone que el contrato podrá ser verbal, escrito y por duración a término fijo, indefinido o por duración de la obra o labor contratada.

En tratándose de los docentes, precisó que existe una norma especial regulada en el artículo 101 del CST, que establece lo siguiente *“el contrato de trabajo con los profesores de establecimientos particulares de enseñanza se entiende celebrado por el año escolar salvo estipulación en contrario”*. También indicó que la Corte Suprema de Justicia ha establecido que, el contrato de los trabajadores docentes, en principio, se tiene que son por el periodo escolar, a menos que las partes taxativamente prevean lo contrario.

Conforme quedó definido, esta modalidad de vinculación contempla una duración contractual presunta, de ahí que no requiere la forma escrita, aunque no hay impedimento

para que las partes se acojan explícitamente a ella por un acuerdo verbal o documental, que desde luego contenga la voluntad de vincularse por el periodo académico; además el régimen establecido en la legislación para la respectiva modalidad no prevé el preaviso o desahucio, de manera que basta con la culminación del respectivo periodo académico para que finalice el contrato por su propia virtud y, por consiguiente, no opera la llamada tácita reconducción, esto es la prórroga automática del nexo si las partes no expresan oportunamente el ánimo de terminarlo.

Dicho esto, una vez analizados los medios probatorios recaudados, concluyó que no existe un único contrato de trabajo entre el demandante y la demandada, dado que al haberse desempeñado como docente la regla del artículo 101 del CST impone que el contrato sería por el periodo académico, lo que concuerda claramente con las manifestaciones realizadas por el extremo demandado y los contratos allegados al plenario; esto es, que el contrato se entiende celebrado por periodos académicos, sin que sea necesario un preaviso para dar por culminado el contrato, sino que basta con la culminación del periodo académico para que se entienda finalizado el mismo.

Expuesto lo anterior, la jueza encontró que entre la Fundación Universitaria San Martín y el señor Brendan John Trainor existieron 3 contratos de trabajo por periodo académico así: 1) un primer contrato que lo sería verbal y que se encontró suscrito desde el 29 de Julio de 2013 hasta el 29 de diciembre de ese año; 2) el segundo contrato que se extendería por el periodo académico del primer semestre del 2014, esto es, desde el 27 enero del 2014 hasta el 30 de mayo del 2014 y, 3) el tercer contrato por el segundo periodo académico del año 2014, comprendido entre el 28 de Julio del 2014 al 30 de noviembre del 2014.

En cuanto a la excepción de prescripción menciona la jueza que la última relación laboral finalizó el 30 de noviembre de 2014 por lo que el actor tenía hasta el 30 de noviembre de 2017 para reclamar los derechos laborales que considerara vulnerados. Sin embargo, la demanda se presentó en el mes de enero de 2019, sin que se haya acreditado la interrupción de la prescripción de forma previa a esa fecha, por lo tanto, al haberse superado ampliamente el término trienal establecido en la ley, se encuentran prescritas todas las acreencias laborales reclamadas en el juicio, con excepción de los aportes a la seguridad social, pues se trata de un derecho imprescriptible. Con esto declaró probada parcialmente la excepción de prescripción en lo que relacionado a las acreencias laborales distintas a los aportes a la seguridad social.

Condenó a la demandada al pago del cálculo actuarial, el cual debía solicitar ante Colpensiones por los periodos trabajados (esto es los 3 contratos de trabajo) tomando

como ingreso base de cotización la suma de \$1.232.016 que corresponde a lo certificado por la demandada.

Recursos de Apelación

La apoderada del **demandante** presentó recurso de apelación contra la sentencia indicando, de forma poco clara que se acreditaron unos derechos laborales del demandante, sustentado en que existió un contrato laboral continuo y sistemático donde se cumplieron los requisitos de dependencia, subordinación, retribución y trabajo desarrollado personalmente por el señor Brendan John Trainor. Refiere que también se acreditó y así lo ratificó el representante legal de la demandada que no se le pagó la seguridad social y algunos salarios como lo fue el del último contrato que se produjo desde el 28 de julio de 2014 hasta el 30 de noviembre de 2014. Entonces afirma que en todos los periodos hubo una relación laboral y para el demandante hubo un solo contrato de todas las actividades entre semestres.

Por otro lado, refiere que el despacho manifiesta que hubo un contrato verbal en el año 2014 y que no se soporta el no pago de los salarios, las horas extras, la seguridad social, pensión, y salud.

El apoderado de la **demandada** presentó recurso de apelación contra la sentencia y solicitó que se ajuste la condena, en cuanto a la base de cotización para el periodo comprendido en el año 2013, como quiera que no existe soporte alguno dentro del expediente que acredite que para dicha anualidad el Salario pactado entre las partes era de \$1.232.236 pesos, en esta medida, a diferencia de los salarios que sí se encuentran acreditados para el año 2014 como lo ha señalado la jurisprudencia, cuando no se logra establecer cuál era el Salario real del trabajador, en estos casos se debe liquidar sobre el Salario mínimo para la época, en esta medida, solicito se revoque y modifique la sentencia apelada frente a la base de cotización a pensión para el año 2013.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Con auto del 17 de junio de 2024 se admitió el recurso de apelación y se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión; concurrieron ambas partes.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por el recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como

quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Con base en esta disposición normativa, es que se ha entendido que la competencia del *ad quem* se encuentra limitada a los puntos materia de inconformidad debidamente sustentados en la apelación interpuesta. Cabe resaltar que reiterada y pacíficamente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha insistido en que quien apela tiene la obligación de sustentar de manera clara y suficiente el recurso; y es por ello que el *ad quem* no puede asumir, de manera oficiosa, el estudio de materias no propuestas (CSJ SL2627-2021 y SL2245-2023).

En esa medida, la Sala no hará pronunciamiento alguno frente a varios de los puntos expuestos por la parte demandante en sus alegatos de conclusión ante este Tribunal, pues varios de los argumentos allí expuestos no se plantearon en el recurso de apelación una vez se notificó la sentencia de primera instancia, siendo esta la única oportunidad señalada en la ley laboral para que se realizaran las manifestaciones correspondientes a los puntos objeto de inconformidad.

Es cierto que la ley dispone que la sustentación tiene que ser la estrictamente necesaria, sin que sean necesarios discursos extensos y detallados para que se entienda cumplida esta exigencia, pero es claro que cuando en la demanda se formulan varias pretensiones, unas independientes de las otras, la responsabilidad del recurrente es señalar cada una de las pretensiones que pretende sean estudiadas por el superior, y en ese orden puede referirse a todas o solo a algunas de ellas, evento este último en el cual al *ad quem* solo está obligado a revisar los puntos explícitamente planteados y comprendidos dentro del recurso, sin que la mención posterior de los omitidos inicialmente habilite su estudio.

Con ese entendimiento se delimitarán seguidamente los puntos materia de la apelación. Una vez escuchada la audiencia en la que se profirió la sentencia de primera instancia se tiene que el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la parte demandante no fue presentado con la debida técnica jurídica, pues su exposición en audiencia resultó confusa y carente de claridad argumentativa. No obstante, en atención a la carga de interpretación favorable en materia laboral, el Tribunal entiende que la intención del recurrente es controvertir la determinación de la *a quo* en cuanto a la existencia de un único contrato de trabajo en lugar de los tres contratos diferenciados que fueron establecidos en la sentencia de primera instancia.

Dicha intención se desprende del propio recurso de apelación cuando el apelante afirma que existió un contrato laboral “continuo y sistemático”, lo que sugiere que busca la unificación del vínculo contractual y no su fragmentación en múltiples periodos de contratación. Asimismo, pretende que se revise si la juez de primera instancia incurrió en

error al absolver a la parte demandada por la falta de pago de salarios correspondientes al periodo comprendido entre el 28 de julio y el 30 de noviembre de 2014, punto que, si bien no fue expuesto con claridad en la argumentación del recurso, puede inferirse de su contenido.

Adicionalmente, el apelante plantea de manera confusa la reclamación de horas extras, y seguridad social en salud, pretensiones estas que no fueron objeto de solicitud expresa en la demanda, lo que impide su análisis en segunda instancia por constituir pretensiones nuevas. Finalmente, se advierte que el recurrente cuestiona aspectos relacionados con la seguridad social en pensión, a pesar de que este rubro ya fue objeto de condena en la primera instancia, sin que se evidencie un motivo jurídico que justifique su inclusión en la apelación. En este contexto, si bien la ausencia de una técnica procesal adecuada dificulta el análisis del recurso, el Tribunal realizará el estudio correspondiente dentro de los límites fijados por la apelación y las pretensiones formuladas en la demanda, garantizando así el respeto por el principio de consonancia.

Por su parte, el apoderado de la demandada únicamente cuestionó el ingreso base de liquidación fijado por la a quo para la liquidación del cálculo actuarial por el periodo comprendido entre el 29 de julio de 2013 y el 29 de diciembre de 2013, pues a su juicio no existe prueba en el expediente sobre el salario devengado por el demandante en ese periodo.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos a resolver consisten en: i) dilucidar si se equivocó la a quo al declarar la existencia de tres contratos de trabajo en los siguientes periodos: 1) del 29 de julio de 2013 al 29 de diciembre de 2014, 2) del 27 de enero de 2014 al 30 de mayo de 2014 y, 3) del 28 de julio de 2014 al 30 de noviembre de 2014; y si en su lugar debió declarar la existencia de un único contrato de trabajo entre el 29 de julio de 2013 y el 30 de noviembre de 2014 como se solicitó en el escrito de la demanda; ii) establecer si la demandada adeuda salarios por el periodo comprendido entre el 28 de julio de 2014 y el 30 de noviembre de 2014; iii) determinar si hay lugar a modificar la condena por concepto de aportes a seguridad social en pensión a través de un cálculo actuarial, bien sea por el periodo condenado en primera instancia o por el valor el ingreso base de cotización que se debe tener en cuenta para la liquidación del cálculo actuarial.

Pasa la Sala a abordar el estudio del primer problema jurídico, y para tal efecto se debe tener en cuenta que el artículo 101 del CST indica que el tiempo de los contratos de trabajo con los profesores de los establecimientos particulares de enseñanza, se entenderá celebrado por el año escolar. Respecto de dicho artículo, de antaño la jurisprudencia del precedente vertical, más específicamente en la sentencia del 23 de abril de 2001, dentro del radicado N°15.623 con ponencia del Magistrado Francisco Escobar Henríquez, ha

enseñado, en primer lugar, que dicho artículo está destinado a quienes cumplan labores en condición exclusiva de profesores de colegios, universidades u otros establecimientos particulares dedicados a la enseñanza, así:

“Sin duda éste precepto desarrolla una modalidad especial de duración del contrato de trabajo, distinta de las que menciona el artículo 45 del mismo estatuto laboral, y junto a otras disposiciones legales conforma un régimen especial para estos servidores, algunas de cuyas particularidades son las siguientes:

El régimen está destinado a quienes cumplan labores en condición exclusiva de profesores de colegios, universidades u otros establecimientos particulares dedicados a la enseñanza y se explica porque los servicios de éstos trabajadores normalmente no son requeridos durante todo el año calendario ya que las vacaciones estudiantiles suelen prolongarse por varios meses durante dicho año. (resalta la Sala).

Más adelante, en segundo lugar, la misma referencia jurisprudencial señala:

“Conforme quedó definido, contempla una duración contractual presunta de ahí que no requiera la forma escrita, aunque no hay impedimento para que las partes se acojan explícitamente a ella por un acuerdo verbal o documental que desde luego contenga la voluntad de vincularse por el período académico. Pero la modalidad no es forzosa o excluyente para los profesores sino sucedánea o supletiva frente a la ausencia de una expresión válida diferente de los contratantes, o sea que en principio estos tienen la posibilidad de convenir cualquiera de las duraciones permitidas, como a término fijo, indefinido o por la duración de determinada labor, caso en el cual se aplica a la relación laboral el régimen común establecido en la legislación para la respectiva modalidad.” (resalta la Sala).

Dicho lo anterior, es claro que en los contratos por medio de los cuales una institución educativa vincula a un docente, si las partes no han dicho nada con relación a la duración del mismo, en virtud del artículo 101 del CST dicho contrato se entiende celebrado por un término, esto es, el periodo académico, y una vez termina el mismo, finaliza también el contrato.

También ha de tenerse en cuenta que dicha norma es de carácter supletiva, por cuanto únicamente se aplicará si no media un acuerdo diferente por las partes. De conformidad entonces con el precedente jurisprudencial, nada obsta para que las partes por medio de un acuerdo se acojan explícitamente a lo señalado en dicha norma, lo que ratificaría con mayor fuerza la voluntad de las partes de acoger la presunción señalada en el artículo 101 del CST.

Descendiendo directamente a los medios de prueba allegados al expediente, se tiene que con el escrito de la demanda se aportó una liquidación de prestaciones sociales elaborada por la Fundación Universitaria San Martín por el periodo comprendido entre el 27 de enero de 2014 hasta el 30 de mayo de 2014 (fol.22 archivo 01); y una certificación de fecha 17 de diciembre de 2014 en la que se indica que el señor Brendan John Trainor se desempeñó como docente hora cátedra desde el 29 de julio de 2013, mediante contrato por periodos académicos, con una asignación mensual de \$1.232.000 debiéndosele el pago de los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2014.

También se aportó con el escrito de contestación de la demanda los documentos denominados contrato de trabajo para docentes hora cátedra por periodos académicos suscritos entre las partes por el periodo comprendido entre el 27 de enero de 2014 y el 30 de mayo de 2014, así como el contrato suscrito por el periodo comprendido entre el 28 de julio de 2014 y el 30 de noviembre de 2014. En estos contratos el demandante se vinculó para cumplir con el cargo de docente en la ciudad de Bogotá y por los periodos académicos antes mencionados.

De manera que, considerando lo anterior, así como la respuesta de la demandada en los hechos y razones de defensa descritos en el escrito de contestación de la demanda, se tiene que el demandante fue vinculado por periodos académicos, tal y como lo concluyó la a quo, y no en virtud de un único contrato de trabajo como se afirma en el escrito de la demanda. Con relación al primer periodo de vinculación, se tiene que la demandada confiesa que, en efecto el actor comenzó a trabajar el 29 de julio de 2013 mediante un contrato verbal para ese periodo académico que finalizó el 29 de diciembre de 2013.

Con relación a los periodos académicos del año 2014, se tiene que los mismos están acreditados con los contratos antes mencionados; por lo tanto, la Sala no encuentra fundamentos para modificar la decisión da la a quo, en cuanto declaró la existencia de 3 contratos de trabajo suscritos entre las partes por los siguientes periodos académicos: 1) del 29 de julio de 2013 al 29 de diciembre de 2014, 2) del 27 de enero de 2014 al 30 de mayo de 2014 y, 3) del 28 de julio de 2014 al 30 de noviembre de 2014. En estos términos se confirmará la decisión de la a quo frente a este punto.

Ahora bien, con relación al segundo problema jurídico, en virtud del cual la apoderada de la demandante se refiere al pago de algunos salarios del último periodo trabajado, debe decirse que la certificación aportada con la demanda de fecha 17 de diciembre de 2014 menciona, en efecto, que al actor se le adeudan los salarios correspondientes a los meses de septiembre, octubre y noviembre de 2014; sin embargo, no puede perderse de vista que el argumento de la a quo para no proferir condena por este concepto no fue en desconocimiento de la obligación del empleador, sino en virtud del fenómeno de la

prescripción, como quiera que el último vínculo laboral entre las parte finalizó el 30 de noviembre de 2014 y la demanda se presentó el 29 de febrero de 2019 de conformidad con el acta de reparto obrante a folio 29 del archivo 01 del expediente digital, sin que obre prueba en el expediente de la interrupción del fenómeno de la prescripción en una fecha anterior.

De manera que, para el momento en que se presentó la demanda ya habían transcurrido más de 3 años desde la fecha en que se causaron los salarios solicitados en la demanda, en los términos establecidos en los artículos 151 del CPT y de la SS y el artículo 488 del CST; siendo acertada la decisión de la a quo al indicar que los mismos se encontraban afectados por el fenómeno de la prescripción. En ese orden de ideas, la Sala no encuentra fundamento fáctico o jurídico para condenar a la demandada por este concepto.

Finalmente, con relación a la condena del cálculo actuarial, la Sala debe manifestar, en primer lugar, que el reproche planteado por la apoderada del demandante no es del todo claro, pues si bien hace mención a esta pretensión en la apelación, lo cierto es que la misma fue objeto de condena en la sentencia de primera instancia, luego entonces no habría lugar a modificar tal determinación en este momento. Puede entenderse que la apoderada se refirió a dicha pretensión para que el cálculo actuarial ordenado se realizara de forma continua entre el 29 de julio de 2013 y el 30 de noviembre de 2014 como si se tratara de un solo contrato de trabajo, sin embargo, como esta situación no se acreditó en ese sentido, no hay lugar a modificar la decisión de la jueza en este aspecto.

Ahora bien, con relación al ingreso base de cotización para la liquidación del cálculo actuarial por el periodo comprendido entre el 29 de julio de 2013 y el 29 de diciembre de 2013, el apoderado de la demandada cuestiona el hecho de que en el expediente no se encuentra acreditado el salario devengado por el demandante para ese periodo, pues los contratos de trabajo que se aportaron son del año 2014. Frente a este punto en particular, la Sala comparte el análisis realizado por la juez, pues la certificación que aportó el demandante, de fecha 17 de diciembre de 2014, refiere que el demandante trabajó desde el 29 de julio de 2013 para dicha institución devengando como salario la suma de \$1.232.000, sin precisar si esa suma se ha devengado solo por un periodo específico, de manera que no se equivocó la a quo al establecer que ese fue el salario por todo el tiempo trabajado por el demandante y, por ende, el que se debe tener en cuenta para liquidar el cálculo actuarial ordenado.

Así quedan resueltos los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las partes.

COSTAS

Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia como quiera que ninguno de los recursos prosperó.

DECISIÓN

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 proferida por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá el 10 de mayo de 2024 dentro del proceso promovido por BRENDAN JOHN TRAINOR contra FUNDACIÓN UNIVERSITARIA SAN MARTÍN conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia como quiera que ninguno de los recursos prosperó.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



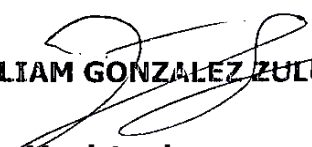
RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



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

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSÉ MIGUEL RUBIO RUBIO y MARIA BETHY AYDEE ARIZA SANABRIA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES. Radicación No. 11001-31-05-010-2022-00216-01.

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticinco (2025); se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022; con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de JOSÉ MIGUEL RUBIO RUBIO y MARÍA BETHY AYDEE ARIZA SANABRIA contra la sentencia del 24 de junio de 2024 proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los Magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

Los demandantes José Miguel Rubio Rubio y Maria Bethy Aydee Ariza Sanabria, por intermedio de apoderado judicial, instauraron demanda ordinaria laboral en contra de la demandada antes referida, para que se declare que, en calidad de padres del afiliado Julián David Rubio Ariza (q.e.p.d.), son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a partir del día 06 de febrero de 2021 de conformidad a las disposiciones de la Ley 100 de 1993. Como consecuencia de lo anterior, que se condene a la demandada a pagar a los demandantes la pensión de sobrevivientes en los términos establecidos en los artículos 46, literal d) del artículo 47, y artículo 48 de la Ley 100 de 1993 a partir del día 06 de febrero de 2021; las mesadas pensionales dejadas de pagar desde la fecha de causación de la pensión; los reajustes pensionales; lo probado ultra y extra petita; las costas y agencias en derecho.

Como pretensión subsidiaria solicita que se declare que los demandantes tienen derecho a recibir la indemnización sustitutiva.

En respaldo de sus pretensiones, los demandantes manifiestan que el señor Julián David Rubio Ariza (q.e.p.d.), en vida, cotizó 345 semanas a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, en adelante Colpensiones; que cotizo más de 50 semanas en los últimos 3 años anteriores a su muerte; que el señor Julián David Rubio Ariza (q.e.p.d.) falleció el día 06 de febrero de 2021 en Bogotá; que al momento de su fallecimiento no tenía cónyuge ni hijos y su estado civil hasta la fecha del deceso fue soltero. Indican que, durante toda su vida, el señor Julián David Rubio Ariza (q.e.p.d.) convivió con sus padres (los demandantes) quienes dependían económicamente de él (causante) quien ayudaba con el pago de servicios públicos, mercado e impuestos del apartamento, del cual sus padres no son propietarios.

Con el deceso del señor Julián David Rubio Ariza (q.e.p.d.) manifiestan los demandantes que se produjo un cambio sustancial en las condiciones de subsistencia, pues, la mesada pensional que tienen los demandantes es insuficiente para atender las necesidades del hogar. Afirman que, frente a lo anterior, el día 18 de febrero de 2022, por medio de apoderado judicial, los demandantes, solicitaron la pensión de sobrevivientes a Colpensiones; y que ante dicho requerimiento Colpensiones mediante acto administrativo SUB94877 del 04 de abril de 2022, negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes argumentando que la pensión de vejez que tienen los demandantes alcanza para solventar los gastos del hogar, pues la pensión del señor José Miguel Rubio Rubio es de \$1.500.000 y de la señora María Bethy Aydee Ariza Sanabria es de \$3.000.000.

Finalmente, para los demandantes Colpensiones en su estudio del caso, no tuvo en cuenta las manifestaciones realizadas en cuanto a la dependencia económica que tenían los demandantes por parte su hijo fallecido.

Actuación procesal

Admitida la demanda con auto del 09 de febrero de 2023, el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá ordenó notificar a la demandada, así como a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Cumplido lo anterior, la demandada contestó la demanda en los términos del archivo 06 del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 24 de junio de 2024 resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de INEXISTENCIA DEL DERECHO Y DE LA OBLIGACIÓN propuesta por COLPENSIONES frente a las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda y en consecuencia, ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de todas las pretensiones principales y subsidiarias de la demanda

incoada por los señores JOSE MIGUEL RUBIO RUBIO Y MARIA BETHY AYDEE ARIZA SANABRIA, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: SE CONDENA en costas esta instancia a la parte demandante, tásense por secretaría e inclúyanse como agencia en derecho a favor de COLPENSIONES en la suma de \$500.000.

TERCERO: En caso de no ser apelada, remítase el expediente al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta”.

Para adoptar la anterior decisión, la juez consideró, en términos generales, que los demandados no lograron acreditar la dependencia económica frente a Julián David Rubio Ariza (q.e.p.d). Encontró acreditada la fecha de fallecimiento del causante, esto es el 06 de febrero de 2021, así como el parentesco que aquel tenía con los demandantes, quienes eran sus padres. También indicó que se encontraba acreditado que el señor Julián David Rubio Ariza (q.e.p.d) era un afiliado activo al momento del fallecimiento, que no percibía pensión alguna por parte de la demandada y que cumplía con el requisito mínimo de haber cotizado al menos 50 semanas previo al deceso.

Una vez analizados los medios de prueba, en lo que interesa al recurso de apelación, estableció que no existe prueba alguna que logre acreditar el pago y valor de servicios públicos, administración, el pago que realizaba el causante en cuanto al plan complementario de salud (medicina prepagada), tampoco hay prueba alguna que acreditara el pago del impuesto predial del que hablaron los declarantes; en ese sentido no se acredita en el despacho prueba documental alguna que acredite o soporte los presuntos \$4.000.000 que aportaba el causante en el hogar. También resaltó las grandes diferencias de dinero que manifestaron los demandantes al ser interrogados frente al pago de servicios, mercado, entre otros; y en particular refirió que los demandantes eran pensionados y tenían otros ingresos de dinero, por lo tanto, no se encontraba acreditado si realmente requerían una ayuda por parte de su hijo, y esto es así principalmente porque tampoco se acreditó el calor de los gastos mensuales que debían sufragar.

Precisó que, si bien es clara la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia al manifestar que no hay que demostrar una dependencia total, si se debe demostrar que se tenía una ayuda complementaria, que ayude a complementar los recursos necesarios para la subsistencia digna de los demandantes; hecho que, a juicio de la a quo, los demandantes no lograron demostrar respectó al causante Julián David Rubio Ariza (q.e.p.d.).

Recurso de Apelación

La apoderada de los **demandantes** presentó recurso de apelación contra la sentencia proferida solicitando que se revoque la sentencia en su totalidad, toda vez que, a su juicio, la jueza no dio por probada (habiéndose demostrado) la dependencia económica que ostentaban

los demandantes del causante, pues no era una dependencia total o absoluta, sino por el contrario un aporte económico suplementario a la subsistencia de los demandantes. Esta circunstancia se acreditó con los interrogatorios practicados a los demandantes quienes indicaron que recibían un apoyo económico continuo, persistente e importante por parte del causante cuya suma aproximada era de \$4.000.000, de los cuales se sufragaban gastos necesarios para los demandantes; hecho que también encuentra respaldo en los testimonios practicados.

Considera la parte demandante que no se apreció el testimonio rendido por el señor Juan Manuel Rubio Ariza, en su calidad de hermano del causante, así como del señor Iván Ariza, a través de los cuales se acreditó que el causante era el encargado de apoyar económicamente a los padres pues no tenía hijos ni mantenía convivencia alguna con otra persona; de ahí que, el causante era parte del núcleo familiar de los demandantes y estaba encargado de los gastos. En el mismo sentido, considera que las declaraciones son coincidentes en manifestar que el causante sostenía gastos de alimentación, de arriendo, y en general de todos los gastos del bien inmueble ubicado en el Barrio Chicó Navarra que es conocido por ser un barrio en el que la calidad de vida es muy alta y costosa.

Refiere que, aunque los demandantes reciben unas asignaciones pensionales, las mismas no resultan suficientes para tener una autosuficiencia económica, pues dichas asignaciones pensionales cubrían los gastos junto con el aporte económico persistente y continuo que realizaba el causante.

Es así como considera la parte demandante que la ayuda que daba el causante no se trataba de una ayuda ocasional, sino de una ayuda necesaria para los demandantes, que contribuía a tener un nivel de vida y un mínimo vital en los estándares en los cuales los demandantes acostumbraban a manejar los gastos del hogar.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Con auto del 21 de agosto de 2024 se admitió el recurso de apelación y se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión; concurrieron ambas partes.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por el recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Con base en esta disposición normativa, es que se ha entendido que la competencia del *ad quem* se encuentra limitada a los puntos materia de inconformidad debidamente sustentados en la apelación interpuesta.

Cabe resaltar que reiterada y pacíficamente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha insistido en que quien apela tiene la obligación de sustentar de manera clara y suficiente el recurso; y es por ello que el *ad quem* no puede asumir, de manera oficiosa, el estudio de materias no propuestas (CSJ SL2627-2021 y SL2245-2023).

Es cierto que la ley dispone que la sustentación tiene que ser la estrictamente necesaria, sin que sean necesarios discursos extensos y detallados para que se entienda cumplida esta exigencia, pero es claro que cuando en la demanda se formulan varias pretensiones, unas independientes de las otras, la responsabilidad del recurrente es señalar cada una de las pretensiones que pretende sean estudiadas por el superior, y en ese orden puede referirse a todas o solo a algunas de ellas, evento este último en el cual al *ad quem* solo está obligado a revisar los puntos explícitamente planteados y comprendidos dentro del recurso, sin que la mención posterior de los omitidos inicialmente habilite su estudio.

Así las cosas, se tiene que el problema jurídico a resolver consiste en determinar si en el caso en estudio, a los demandantes les asiste el derecho a disfrutar de la pensión de sobrevivientes generada como consecuencia del fallecimiento de su hijo Julián David Rubio Ariza (q.e.p.d.) quien en vida estuvo afiliado a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones aquí demandada.

Sea preciso advertir que se encuentra probado dentro del expediente que el señor Julián David Rubio Ariza (q.e.p.d.) nació el 20 de noviembre de 1990 (fol. 22 archivo 01); que falleció el 6 de febrero de 2021 (fol. 24 ibidem); y que era afiliado a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones para la que cotizó 345 semanas (fols. 132 y 138 ejusdem). De esta forma, tampoco es objeto de discusión que los beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en virtud de lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, son los padres de Julián David Rubio Ariza (q.e.p.d.), pues así lo determinó la quo en su sentencia y esto no fue objeto de inconformidad por ninguna de las partes. De manera que, la Sala no hará ningún pronunciamiento frente a estos temas.

Sea lo primero señalar que la pensión de sobrevivientes históricamente surgió para hacer frente a los riesgos de viudez y orfandad, traducido en el principio de universalidad, comoquiera que sus beneficiarios ante el deceso no están en condiciones de asegurar su mínimo vital y auto proveer sus necesidades básicas y las de la familia, ya que a sus integrantes les cuesta velar por su propia subsistencia. En otras palabras, el propósito de este beneficio pensional es apoyar económicamente al grupo familiar del pensionado o afiliado fallecido, en relación con las subvenciones económicas que surjan por el deceso.

Por su parte, con relación a la dependencia económica, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado de manera pacífica y reiterada que, en casos como el presente, los padres deben acreditar la dependencia económica respecto del hijo para la fecha de su fallecimiento, la cual no puede descartarse por el hecho de que aquellos reciban un ingreso

adicional, fruto de su trabajo o actividad, o que existan contribuciones o rentas a su favor, siempre que no los conviertan en autosuficientes para garantizar su supervivencia en condiciones mínimas, dignas y decorosas (sentencia CSJ SL del 12 de febrero de 2008, rad. 31346, reiterada, entre otras, en la SL2800 de 2014, SL6558 de 2017, SL1243 de 2019 y SL4792 de 2021).

Además, la alta Corporación también ha indicado que debe existir una subordinación monetaria, esto es, que ese aporte económico que brindaba el hijo fallecido hacia sus padres hubiese sido periódico o permanente (no ayudas eventuales) y significativo o esencial (respecto del total de ingresos de los padres), para garantizarles a los padres una digna subsistencia, o dicho en otras palabras, que esa contribución económica que otorgaba el hijo fallecido a sus progenitores *“sea relevante, esencial y preponderante para el sostenimiento de la familia, en tanto la finalidad prevista por el legislador, es la de servir de amparo a quienes se ven desprotegidos por la muerte de quien contribuía para mantener unas condiciones de vida determinadas”* (CSJ SL18517 de 2017, SL1243 de 2019 y SL010 de 2022). Así mismo, se ha reconocido que la dependencia económica no necesariamente debe ser total y absoluta, sino que basta la comprobación de la imposibilidad de mantener el mínimo existencial que les permita a los beneficiarios obtener los ingresos indispensables para subsistir de manera digna (CSJ SL377 de 2024).

Sobre este punto, se logran identificar como elementos estructurales de la dependencia: i) la falta de autosuficiencia económica a partir de recursos propios o de terceros y, ii) una relación de subordinación económica respecto de la persona fallecida, de forma tal que le impida valerse por sí mismo y que vea afectado su mínimo vital en un grado significativo.

En ese sentido, el criterio de la dependencia económica es previsto como una condición sine qua non para que los padres puedan reclamar el reconocimiento y pago del citado derecho prestacional a partir de la muerte de su descendiente, y es bajo este escenario que la Corte Suprema de Justicia ha admitido como imprescindible la verificación de los ingresos que perciben los padres a fin de establecer si son suficientes para satisfacer las necesidades básicas relativas a su sostenimiento.

Por ese camino es que, ante casos excepcionales, bajo el estudio probatorio pertinente, y solo en aquellos asuntos donde se refiera al núcleo familiar en el que varios integrantes generan aportes de los que se proveen no solo los padres, sino también los hijos y demás sujetos del hogar, la alta Corporación ha juzgado improcedente desagregar sus egresos, dado que los relativos a servicios públicos, salud, vestuario, alimentación dentro y fuera del hogar y otras actividades diarias, siempre que estén dentro del ámbito de la congrua subsistencia y atiendan al concepto de una vida digna entran en el presupuesto común de gastos (CSJ SL5294 de 2018, reiterada en la CSJ SL988 de 2021 y SL377 de 2024).

Y para establecer la procedencia del derecho aquí reclamado, debe tenerse en cuenta que los beneficiarios reclamantes deben evidenciar que sus recursos no les alcanzaban para lograr la autosuficiencia financiera y que, por esa vía, las contribuciones que brindaba el fallecido eran determinantes para garantizarle condiciones dignas de subsistencia y, solo si esto ocurre, al accionado le corresponde desvirtuar mediante los medios de convicción necesarios que esta era autosuficiente.

Aquí no existe duda de que la disposición aplicable al caso concreto es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, pues como lo ha reiterado la jurisprudencia laboral, es la fecha del fallecimiento del causante la que determina la norma aplicable para efectos del reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, hecho que en el presente caso acaeció el 6 de febrero de 2021.

Descendiendo a las pruebas practicadas dentro del proceso, la Sala aprecia la testimonial del señor Juan Manuel Rubio Ariza, quien manifestó ser el hermano del causante y refirió que el señor Julián David Rubio Ariza (q.e.p.d.) vivió con sus padres hasta la fecha de su fallecimiento, que no tenía hijos ni pareja y se hacía cargo de las obligaciones alimentarias de los padres como quiera que el testigo (Juan Manuel Rubio) tenía su propio hogar y no contaba con los medios económico para ayudar a sus padres.

Del análisis del testimonio rendido por el hermano del causante, se advierte que su declaración se limitó a señalar que el fallecido ayudaba económicamente a sus padres, en razón a que convivía con ellos en el mismo inmueble. Sin embargo, esta afirmación, por sí sola, no permite acreditar que dicho apoyo haya sido determinante para garantizar condiciones dignas de subsistencia a sus progenitores. En efecto, el simple hecho de compartir una residencia con los padres no implica necesariamente que la contribución económica haya sido sustancial, pues es razonable suponer que la convivencia genera aportes mutuos en la cobertura de gastos básicos, sin que ello se traduzca en una dependencia económica relevante.

Además, al evaluar de manera integral el acervo probatorio, se tiene que, en el interrogatorio de parte absuelto por los padres del causante, estos manifestaron contar con diversas fuentes de ingresos, entre ellas, el pago de sus respectivas pensiones, lo que les otorga estabilidad económica. Nótese que la demandante María Bethy Aidee Ariza al absolver el interrogatorio de parte manifestó que era pensionada de la DIAN, que recibe una mesada pensional de \$3.900.000 de la cual únicamente le hacen un descuento en salud porque no tiene ningún otro descuento; que recibe el arriendo de un apartamento por la suma de \$2.000.000 de los cuales se paga una administración de \$350.000; y que cuenta con un vehículo automotor.

En el mismo sentido, el demandante José Miguel Rubio Rubio, al absolver el interrogatorio de parte manifestó que recibe una pensión por el valor de \$1.900.000, y que cuenta con un ingreso adicional de \$1.300.000 y \$500.000 como auxilio de transporte; que trabaja como

asesor para una empresa denominada Prokontrol y que desde la fecha del fallecimiento de su hijo, se ha sostenido con su esposa con esos ingresos más el arriendo que reciben del apartamento por la suma de \$2.000.000.

Estas manifestaciones demuestran que los demandantes cuentan con una situación económica estable que les permite sufragar sus necesidades básicas sin depender económicamente del causante. En efecto, se encuentra acreditado que uno de los demandantes, además de percibir una pensión mensual, desempeña una actividad laboral que le genera ingresos adicionales y, a su vez, recibe un auxilio de transporte, lo que incrementa su capacidad económica de manera significativa. En este sentido, la existencia de una fuente laboral activa, sumada a las mesadas pensionales, el arriendo del apartamento y al auxilio de transporte recibido de forma periódica, permite concluir que los demandantes cuentan con ingresos suficientes para garantizar su sostenibilidad económica, sin que sea posible inferir que la ayuda económica que en vida pudo haber prestado el causante fuera determinante para su subsistencia.

Asimismo, se debe destacar que la suficiencia económica no solo se mide por la existencia de ingresos, sino también por la posibilidad de cubrir necesidades esenciales sin depender de terceros. En este caso, el conjunto de ingresos percibidos por los demandantes refleja su autosuficiencia económica y desvirtúa cualquier presunción de dependencia respecto del causante.

Aunado a lo anterior, se encuentra la declaración del hermano de la demandante María Ariza, el señor Iván Enrique Ariza quien señaló que el apartamento en el que residen los demandantes es de su propiedad y que, por tal motivo, les cobra un canon de arrendamiento de \$350.000 mensuales, ya que se había llegado a un acuerdo en el cual ellos se encargaban de todos los gastos del inmueble, incluyendo los impuestos y los gastos de alimentación. Preciso que él (el testigo) vivía en el inmueble con los demandantes hasta la fecha en que falleció el hijo de ellos (Julián David Rubio Ariza (q.e.p.d.)) pues de forma concomitante con dicho suceso, fue trasladado a Buga, momento a partir del cual dejó de vivir con los demandantes.

Se tiene entonces que para el periodo en que el causante Julián David Rubio Ariza (q.e.p.d.) vivió con sus padres, el núcleo familiar se encontraba conformado por 4 personas, y que el sustento de alimentación, servicios y manutención era proveído por los 4 al punto que no se logra establecer de qué manera se realizaba el aporte específico del causante ni tampoco si el mismo era o no determinante, pues el único pago que se encuentra debidamente acreditado en el expediente por parte del causante era el del arriendo como quiera que lo pagaba el causante de forma directa y en efectivo a su tío, el señor Iván Enrique Ariza. Sin embargo, también quedó claro que el monto pagado por este concepto era mínimo pues en un sentido de colaboración, el propietario del inmueble (hermano de la demandante) no cobró un arriendo superior. Y lo cierto es que esta suma (\$350.000) al ser contrastada con los ingresos percibidos por los progenitores, que en su conjunto suman aproximadamente \$9.600.000

resulta mínima y no representa una carga económica que afecte su subsistencia, por lo que no se configura una dependencia económica real y relevante respecto del causante

Aunado a ello, no se puede desconocer que en el expediente no se acreditó el valor de los gastos de los demandantes, pues de forma genérica refirieron que el causante les ayudaba con los gastos de alimentación, servicios y salud, pero estas manifestaciones no encuentran respaldo en las pruebas practicadas, pues ninguno de los testigos conocía de forma directa tales hechos ni tampoco el valor que el causante aportaba al hogar. De manera que la suma que en la actualidad percibe la pareja demandante, esto es de \$9.600.000, eclipsada con el único gasto fijo que se acreditó en el expediente, esto es el arriendo por el valor de \$350.000 para la época del fallecimiento del causante, demuestra que la pareja es autosuficiente económicamente y se encuentran en plena capacidad de cubrir las condiciones dignas de subsistencia.

Lo anterior, conlleva a señalar, naturalmente que no es viable argumentar que la ubicación del inmueble en el barrio Chicó Navarra, por sí misma, implique una mayor onerosidad en el costo de vida de los padres, máxime cuando, como ya se expuso, sus ingresos les permiten cubrir sus necesidades sin depender esencialmente del aporte del causante y que el rubro que pagan por el arriendo al hermano de la demandante resulta muy inferior al promedio de los arriendos del sector, según lo indica en el interrogatorio de parte la propia demandante al señalar que los arriendos en ese lugar se encuentran al rededor de los \$5.000.000.

Finalmente, se practicó el testimonio del señor Luis Ernesto Rojas, quien no resulta ser un testigo directo de los hechos que se describen en la demanda, y ello es así porque a lo largo de su testimonio refirió que las diferentes circunstancias que conoce se las contó el demandante José Miguel Rubio porque son grandes amigos; incluso reconoció que la certificación que expidió el 3 de mayo de 2022 y que obra en el folio 25 del expediente, contiene información que le proporcionó el propio demandante y no información que él hubiera conocido de forma directa, por lo tanto, tampoco se equivocó la a quo al restarle valor probatorio a dicho documento, pues en materia probatoria a las partes les es vedado fabricar su propia prueba.

En consecuencia, se concluye que los demandantes poseen una estabilidad económica que les permite cubrir sus necesidades sin que resulte acreditado que su hijo fallecido representara una fuente esencial de sustento, razón por la cual no se configura la dependencia económica exigida para la prosperidad de sus pretensiones.

Por tanto, se confirmará la decisión de primera instancia. Así queda resuelto el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de los demandantes.

COSTAS

Costas y agencias en derecho en esta instancia por la suma de \$1.000.000.

DECISIÓN

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 proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá el 24 de junio de 2024 dentro del proceso promovido por JOSÉ MIGUEL RUBIO RUBIO y MARIA BETHY AYDEE ARIZA SANABRIA contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Costas y agencias en derecho en esta instancia por la suma de \$1.000.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



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

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR : JOHANN SEBASTIAN CALLEJAS BERNAL contra PABLO ANDRES AGUDELO BERNAL Radicado No. 11001-31-05-032-2023-00253-01.

Bogotá D.C., treinta (30) de abril dos mil veinticinco (2025), se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 con el fin de resolver los recursos de apelación interpuesto por el apoderado del demandante, contra la sentencia del 02 de julio de 2024 proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados; se procede a proferir la siguiente sentencia:

SENTENCIA

Luis Fernando Pérez Gómez, por intermedio de su apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral contra el demandado anteriormente referido, solicitando que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el 14 de mayo de 2021 y el 27 de julio de 2023, y que se reconozca que la terminación de dicha relación laboral se produjo por incumplimiento de las obligaciones del empleador. Asimismo, solicitó que se declare que durante dicho período percibió un salario mensual de \$1.400.000 entre el 14 de mayo y el 31 de julio de 2021; de \$2.000.000 entre el 1.º de agosto de 2021 y el 31 de diciembre de 2022; y de \$2.400.000 entre el 1.º de enero y el 27 de julio de 2023. En ese sentido, pidió la condena al pago del salario correspondiente a los últimos doce (12) días de julio de 2023, así como la indemnización por despido sin justa causa, en razón del despido indirecto.

Como consecuencia de lo anterior, solicitó que se condene al demandado al pago de las prestaciones sociales causadas durante la vigencia del contrato, tales como cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones y auxilio de transporte, causados entre el 14 de mayo de 2021 y el 27 de julio de 2023. Igualmente, pretende el pago de los

aportes al fondo de pensiones al cual se encontraba afiliado durante ese lapso, así como la sanción moratoria prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a partir del 15 de febrero de 2022 y hasta la terminación del vínculo laboral. También solicitó la condena al pago del valor doblado de los intereses a las cesantías y de la indemnización moratoria establecida en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, por la falta de pago oportuno de salarios y prestaciones. Finalmente, solicitó que se impongan al demandado las costas del proceso, incluidos los gastos, expensas y agencias en derecho.

Para sustentar sus pretensiones, la apoderada del demandante alegó la existencia de una relación laboral entre su representado y el señor Pablo Agudelo, en su calidad de propietario de una clínica veterinaria. Indicó que dicha relación se inició el 14 de mayo de 2021, cuando el actor comenzó a prestar servicios en el establecimiento en virtud de un contrato que, aunque presentado como uno de prestación de servicios, encubría en realidad un vínculo laboral subordinado. Este vínculo fue posteriormente formalizado mediante un otrosí suscrito el 15 de mayo de 2022, en el que se modificó la cláusula de duración contractual y se estableció expresamente que se trataba de un contrato laboral a término indefinido.

El apoderado sostuvo que su poderdante ejercía sus funciones de forma personal y bajo subordinación directa del señor Agudelo, quien le impartía órdenes y supervisaba permanentemente su labor. Señaló que el horario era rotativo, con turnos que oscilaban entre las 8:00 a. m. y las 7:00 p. m., de lunes a domingo, con un día de descanso compensatorio, y que no existía libertad para escoger los turnos, pues el empleador podía exigir su presencia en cualquier momento. Además, su representado debía asistir a la mayoría de las cirugías realizadas en la clínica.

En cuanto al salario, manifestó que inicialmente se pactó en \$2.000.000 mensuales, pero entre mayo y agosto de 2021 solo se le pagaron \$1.400.000. Posteriormente, se ajustó al monto acordado y, en 2023, se incrementó a \$2.400.000. Aunque se pactó un pago quincenal, este no se realizaba de manera oportuna, siendo habitual su retraso.

Así las cosas, afirmó que el contrato finalizó el 27 de julio de 2023 por renuncia motivada o despido indirecto, debido al no pago del salario desde el 1.º de julio del mismo año. Aunque la primera quincena de julio fue cancelada de forma extemporánea el 1.º de agosto, aún se encuentra pendiente el pago correspondiente a la segunda quincena. Agregó que los pagos salariales se realizaron inicialmente a través de la aplicación Nequi y, desde septiembre de 2021, mediante transferencias bancarias por Bancolombia. También alegó que el demandado nunca cumplió con el pago de las prestaciones sociales, tales como cesantías, intereses a las cesantías, primas de servicio, vacaciones, auxilio de transporte, ni con los aportes al Sistema de Seguridad Social Integral ni parafiscales, configurándose múltiples incumplimientos del empleador a lo largo de la relación laboral.

Actuación procesal

Una vez presentada la demanda, el Juez Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá la admitió mediante auto del veintiséis (26) de septiembre de 2023, ordenando la notificación de las demandadas.

En virtud del anterior auto se verifica que se procedió a notificar al demandado. Este a su vez dio respuesta a la demanda como se observa en los archivos 07 y 10 del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en sentencia proferida el 02 de julio de 2024 resolvió lo siguiente:

PRIMERO.- DECLARAR que entre el demandante JOHAN SEBASTIÁN CALLEJAS BERNAL y el demandado PABLO ANDRÉS AGUDELO ÁNGULO existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 14 de mayo de 2021 y el 27 de julio de 2023.

SEGUNDO, CONDENAR al demandado PABLO ANDRÉS AGUDELO ANGULO a pagar al demandante JOHAN SEBASTIÁN CALLEJAS BERNAL los siguientes valores y por los siguientes conceptos:

Por cesantías la suma de \$4.516.667.00

Por intereses a las cesantías la suma de \$421.607.00

Por primas de servicios la suma de \$4.516.667.00

Por vacaciones la suma de \$2.650.000.00

Por auxilio de transporte la suma de \$276.780.00

Por sanción por el no pago de los intereses a las cesantías la suma de \$421.607.00

Por sanción por la no consignación de las cesantías la suma de \$34.866.667.00

TERCERO. CONDENAR al demandado PABLO ANDRÉS AGUDELO ANGULO a pagar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones en favor del demandante JOHAN SEBASTIÁN CALLEJAS BERNAL, teniendo como salario del 14 de mayo al 31 de julio de 2021 la suma de \$1.400.000.00; del primero de agosto de 2021 al 31 de diciembre de 2022 la suma de \$2.000.000.00, y del primero de enero de 2023 al 27 de Julio de 2023 la suma de \$2.400.000.00.

CUARTO. CONDENAR al demandado PABLO ANDRÉS AGUDELO ANGULO a pagar al demandante JOHAN SEBASTIÁN CALLEJAS BERNAL la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo a razón de \$80.000.00 diarios a partir del 28 de julio de 2023 y hasta el momento del pago de lo adeudado por concepto de prestaciones sociales sin que exceda del 27 de Julio de 2025.

Si una vez transcurridos los dos años desde la terminación del contrato de trabajo no se ha cancelado lo adeudado por concepto de prestaciones sociales, el demandado deberá reconocer intereses moratorios a la tasa más alta certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia sobre lo adeudado por concepto de prestaciones sociales.

QUINTO.- ABSOLVER al demandado PABLO ANDRÉS AGUDELO ANGULO de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SEXTO. - CONDENAR en costas al demandado y a favor del demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv.

En lo que respecta a la resolución del presente caso, la juez de primera instancia decidió acceder parcialmente a las pretensiones de la demanda, tras concluir que entre las partes existió una verdadera relación laboral, regida por un contrato de trabajo a término indefinido, comprendido entre el 14 de mayo de 2021 y el 27 de julio de 2023.

Para arribar a dicha decisión, el fallador valoró las pruebas aportadas al proceso, así como los testimonios y declaraciones rendidas, y consideró acreditados los tres elementos esenciales que configuran el contrato de trabajo según el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo: la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación.

A juicio del *a quo*, el demandante prestó sus servicios de manera continua y personal en la clínica veterinaria del demandado, cumpliendo turnos previamente definidos, recibiendo instrucciones directas, sometido a llamados de atención y bajo un esquema organizativo propio de una relación laboral. Aunque la relación se formalizó bajo la apariencia de un contrato de prestación de servicios, el juez determinó que en realidad existía una subordinación estructural entre las partes, lo que permitía desvirtuar la naturaleza civil del vínculo alegada por el demandado y activar la presunción contenida en el artículo 24 del mismo código.

De igual forma, el juez encontró que el demandado no logró desvirtuar dicha presunción ni presentó prueba idónea que permitiera excluir la existencia del elemento de subordinación, siendo esta la característica distintiva del contrato de trabajo frente a otras formas contractuales. Asimismo, se consideró relevante el testimonio de una exempleada de la clínica, quien confirmó que el actor recibía órdenes, estaba sujeto a horarios y no gozaba de autonomía en el ejercicio de sus funciones.

En cuanto a la terminación del vínculo, el juzgador concluyó que, si bien el demandante alegó haber presentado una renuncia motivada, no obran en el expediente pruebas que permitan verificar cuáles fueron las causas que originaron tal decisión, por lo que se negó esta pretensión específica. Sin embargo, se estableció que al momento de la desvinculación no se habían cancelado los salarios correspondientes a la segunda quincena de julio de 2023, razón por la cual se accedió a las condenas económicas por concepto de prestaciones sociales adeudadas, auxilio de transporte por el periodo en que el salario del demandante fue inferior a dos salarios mínimos, aportes al sistema de pensiones, y sanciones legales por el no pago de cesantías e intereses a las mismas, así como la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo.

Recurso de Apelación

El apoderado judicial del demandado interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando que se revoque en su integridad la decisión proferida en primera instancia. En su intervención, expresó que no resulta jurídicamente aceptable que el

despacho haya desestimado la documentación aportada por las partes sin haberla valorado conforme al principio de la sana crítica.

Insistió en que, si bien el juez de primera instancia calificó como espurio el contrato de prestación de servicios allegado al expediente, el cual, según afirmó, fue transformado en contrato laboral mediante un otrosí, el fallo terminó sustentando su decisión en circunstancias derivadas de dicho documento, a pesar de haberlo declarado inválido. A su juicio, esta contradicción vulnera principios esenciales del derecho, como aquel que establece que el delito no puede ser fuente de obligaciones. En ese sentido, planteó que, si se parte de la premisa de que el contrato es falso, como lo sostuvo la parte demandada y lo acogió el fallador, surge necesariamente una incertidumbre respecto de hasta cuándo el actor prestó sus servicios profesionales al señor Pablo Andrés Agudelo Angulo, y a partir de qué momento ingresó a laborar con la Clínica Veterinaria Doctor Pablo Agudelo S.A.S.

Afirmó que la prueba documental, los testimonios y el interrogatorio de parte permiten concluir que el demandante prestaba servicios para dicha persona jurídica, la cual fue constituida en el mes de abril de 2022, según lo reconoció expresamente el juez de primera instancia. Por ende, si se desconoce la validez del contrato anterior, no resulta coherente afirmar que el vínculo laboral se desarrolló con la persona jurídica desde abril de 2022 hasta la fecha del retiro, máxime cuando la demanda fue dirigida contra una persona natural y no contra la mencionada entidad jurídica.

De igual forma, sostuvo que la decisión de primer grado se encuentra viciada de nulidad, por cuanto omite pronunciarse sobre cuestiones esenciales del proceso, como la delimitación precisa del período durante el cual el actor prestó servicios, primero como profesional independiente y luego como trabajador. Por ello, solicitó que el fallo sea revocado en su totalidad y se profiera uno nuevo que defina con claridad dichas circunstancias.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Con auto del 4 de mayo de 2023 se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado para que presentaran los alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, esta Sala de decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por el recurrente al interponer y sustentar el recurso ante la Juez de primera instancia, ya que el fallo que se profiera debe estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos a estos.

Así las cosas, los problemas jurídicos por resolver consisten en: i) Determinar si, en el presente caso, la juez de primera instancia incurrió en error al declarar la existencia de un contrato realidad, teniendo en cuenta que fue aportado un contrato que indicaba la existencia de una relación laboral con la sociedad Clínica Veterinaria Dr. Pablo Agudelo S.A.S. y no con la persona natural que fue condenada en el presente caso; ii) Establecer si procede la revocatoria de la condena impuesta a la parte demandada, al encontrar comprobada alguna excepción.

Plasmada de esta forma la controversia, esta Sala estudiará la existencia de un contrato de trabajo bajo los apremios del artículo 53 de la Constitución Política, señalando que de conformidad con el principio de la realidad sobre las formalidades, si la relación entre el demandante y el demandado, fue de carácter laboral por cumplir con las características propias de éstos contratos.

Para tal efecto, recordemos que el artículo 167 del CGP, aplicable en materia laboral por remisión expresa del artículo 145 del CPT y de la SS, impone una carga para las partes dentro del proceso, indicando que incumbe a las mismas probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. En otras palabras, las partes deben probar los hechos que alegan para que el juez profiera sentencia a su favor. De la misma forma, es necesario considerar lo señalado en el artículo 24 del CST en el cual se estableció una presunción, según la cual toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. De acuerdo con esta pauta, corresponde a quien alega la condición de trabajador demostrar únicamente la prestación personal del servicio y una vez demostrada, inmediatamente se invierte la carga de la prueba, pues le corresponde al demandado desvirtuar esa presunción legal que surge en cabeza del accionante. Es decir, en este punto, el accionado deberá demostrar que esa prestación personal del servicio se hizo de forma autónoma e independiente, o en virtud de un contrato de naturaleza distinta a uno laboral, sin que sea suficiente la simple alegación en tal sentido, sino acreditándolo con prueba firme y sólida.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la discusión se centra en determinar el tipo de vínculo contractual que unió a las partes en contienda, sea lo primero decir que, como lo tiene adocinado la jurisprudencia del precedente vertical, entre otras, en sentencia SL 3126 del 19 de mayo de 2021 con ponencia del Magistrado Iván Mauricio Lenis Gómez, sobre las modalidades contractuales que aquí se debaten, enseñó:

(...)

(1) Elementos que configuran el contrato de trabajo y su diferencia con los contratos civiles de prestación de servicios

Conforme el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, en el contrato de trabajo concurren la actividad personal del trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para «exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo,

tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato», ello sin afectar su honor, dignidad humana y sus derechos mínimos laborales.

A partir de esta disposición, de manera reiterada la jurisprudencia de la Corte ha establecido que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación del trabajador respecto del empleador, que se ha definido como un poder de sujeción jurídica y material entre dos personas y que en el ámbito de una relación laboral se concreta en «la aptitud o facultad del empleador de dar órdenes o instrucciones al trabajador y de vigilar su cumplimiento en cualquier momento, durante la ejecución del contrato de trabajo y la obligación permanente del asalariado de obedecerlas y acatarlas cumplidamente» (CSJ SL, 1 jul. 1994, rad. 6258).

Desde esa perspectiva, la Jurisprudencia del precedente vertical, dentro de la misma sentencia SL 4143 del 25 de septiembre de 2019 dentro del radicado N°79216 con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, señaló que: “cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación”.

De igual forma, es pertinente tener en cuenta los parámetros señalados en el artículo 61 del CPTSS, que dispone que el juez no está sujeto a tarifa legal, y por tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba; de manera que al analizar los medios demostrativos propiamente dichos el juez no debe perder de vista las circunstancias relevantes del pleito ni la conducta procesal observada por las partes.

Por lo anterior, esta Corporación procede a valorar el interrogatorio de parte rendido por el señor Pedro Andrés Agudelo Bernal, del cual se estableció expresamente que el actor prestó sus servicios a favor del establecimiento de comercio, propiedad del declarante, desde el 14 de mayo de 2021 hasta el 27 de julio de 2023. En efecto, al ser interrogado sobre este aspecto, el señor Agudelo afirmó: *“ Sí. Él prestó los servicios”* (min. 24:22 – 24:40), reconociendo con ello no sólo la existencia de una relación de prestación de servicios entre las partes, sino también su duración por más de dos años.

Adicionalmente, de sus manifestaciones se desprende que el demandante desarrollaba actividades propias del ejercicio de la medicina veterinaria, tales como atención de consultas, apoyo en cirugías, cuidado de pacientes hospitalizados y toma de muestras. Aunque el señor Agudelo indicó que el actor ingresó inicialmente sin título ni tarjeta profesional, ello no fue óbice para que le fueran asignadas funciones clínicas y asistenciales, al señalar: *“Él era médico veterinario (...) prestaba apoyo en mi labor (...) atención de consultas, apoyo en cirugía, hospitalizados, toma de muestras”* (min. 25:22 – 26:02). Lo anterior evidencia una prestación personal del servicio, sin posibilidad de delegación, pues al ser preguntado si

enviaba a otros veterinarios para reemplazarlo, respondió de manera categórica: “Cuando él no podía trabajar, él no enviaba a nadie” (min. 27:19 – 27:22).

Igualmente, se verificó que la labor se realizaba en las instalaciones del empleador, específicamente en la sede ubicada en la calle 20 No. 103A-21, conforme lo declaró el propio Agudelo: “*Él prestó los servicios en la calle 20 #103 A 21*” (min. 35:19 – 35:23), lo cual evidencia que la ejecución de las tareas se desarrollaba en un espacio bajo control del empleador. De hecho, agregó que en esa sede “*había mucho más que hacer, mucho más que aprender*” (min. 36:04), lo que permite inferir una centralidad operativa del establecimiento, reforzando el carácter subordinado de la prestación.

En lo relativo a la remuneración, el demandante confesó que el actor devengaba inicialmente la suma de \$1.400.000, monto inferior al percibido por otros veterinarios con tarjeta profesional, quienes ganaban \$2.000.000, y que los pagos se realizaban mediante transferencia bancaria.

Otro de los elementos relevantes es el control y dirección ejercidos por el señor Agudelo sobre las funciones desarrolladas por el actor. Aunque manifestó que los veterinarios organizaban entre sí los turnos de trabajo, también reconoció: “*Ellos me presentan un formato de horarios (...) siempre y cuando se cumplan los horarios de atención en la clínica, pues yo los mantengo ahí. Generalmente, casi siempre, siempre por general se aprueba*” (min. 30:46 – 31:04), lo cual denota una validación jerárquica y una supervisión sobre la jornada laboral.

En igual sentido, resulta pertinente resaltar el hecho de que el señor Agudelo admitió haber realizado correcciones y llamados de atención al actor cuando éste cometía errores. Así lo indicó: “*Cuando había malos diagnósticos, yo lo llamaba a parte y le decía, te pasa esto, esto y hagamos esto así (...) porque es que de por medio estaba es mi nombre y él estaba contratado era por mi persona*” (min. 34:15 – 34:34). Y aunque negó llamarlos al orden en presencia de otros, reconoció: “*Yo no le llamo la atención, yo les corrijo y los enriquezco en su labor*” (min. 34:48 – 34:52). Estas afirmaciones evidencian el ejercicio de un poder de dirección y corrección propio del empleador, lo que desvirtúa la supuesta autonomía que se quiso atribuir a la relación.

Sumado a lo anterior es importante traer a colación lo dispuesto en el artículo 193 del CGP que se extiende su aplicación por aplicación analógica establecida en el artículo 145 del CPT y de la SS, en donde establece que:

ARTÍCULO 193. CONFESIÓN POR APODERADO JUDICIAL. La confesión por apoderado judicial valdrá cuando para hacerla haya recibido autorización de su poderdante, la cual se entiende otorgada para la demanda y las excepciones, las correspondientes contestaciones, la audiencia inicial y la audiencia del proceso verbal sumario. Cualquier estipulación en contrario se tendrá por no escrita.

Así las cosas, revisadas las manifestaciones realizadas por el apoderado judicial del demandado en la contestación a los hechos primero y catorce de la demanda, se evidencia una aceptación parcial que, si bien introduce matices sobre la naturaleza jurídica del vínculo y las condiciones de su terminación, permite establecer elementos relevantes respecto de la existencia y duración de la relación contractual.

En efecto, frente al hecho primero, el demandante afirmó haber iniciado labores el 14 de mayo de 2021 en virtud de un contrato de trabajo a término indefinido. Al respecto, el apoderado del demandado respondió que “ (...) *el demandante sí ingresó a prestar sus servicios profesionales como médico veterinario, al consultorio de mi poderdante*”, precisando que lo hizo bajo un contrato de prestación de servicios. Aunque se plantea una diferencia en cuanto al carácter jurídico del vínculo, es claro que el extremo inicial de la relación, esto es, el 14 de mayo de 2021, fue expresamente admitido por el demandado, constituyéndose en una confesión judicial con pleno valor probatorio.

Por su parte, en el hecho catorce, el actor indicó que la relación finalizó el 27 de julio de 2023 por renuncia motivada o despido indirecto, adjuntando para ello la correspondiente carta de renuncia. El apoderado judicial aceptó parcialmente esta afirmación, negando que se tratara de una renuncia motivada, pero reconociendo tanto la presentación del documento como la fecha de terminación del vínculo: el 27 de julio de 2023.

Así las cosas, aun cuando el demandado controvierte aspectos sustanciales, como la naturaleza jurídica de la relación o la calificación de la terminación del contrato, se advierte una aceptación inequívoca de los extremos temporales del vínculo contractual, esto es, del 14 de mayo de 2021 al 27 de julio de 2023.

Por todo lo anterior, con base en el contexto normativo, jurisprudencial y probatorio expuesto, se concluye que en el presente caso se acreditó de manera clara la prestación personal del servicio por parte del actor, circunstancia que activa la presunción consagrada en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo. En tal virtud, correspondía a la parte demandada desvirtuar dicha presunción legal, lo cual no se logró dentro del plenario, en la medida en que no se allegó prueba alguna que acreditara la existencia de una relación jurídica distinta al contrato de trabajo, ni se demostró la ejecución autónoma e independiente de las funciones desempeñadas por el actor.

En ese sentido, al valorar el material probatorio recaudado, esta Sala no advierte que la parte demandada haya controvertido de manera eficaz que la relación sostenida con el actor fuera de un carácter diferente al laboral. Por el contrario, las manifestaciones del propio demandado en diligencia de interrogatorio de parte, así como las respuestas dadas por su apoderado judicial en la contestación de la demanda, refuerzan la existencia de una prestación de

servicios de carácter personal, continuada en el tiempo, desarrollada en las instalaciones del empleador y sujeta a directrices y control por parte de este último.

En cuanto al argumento planteado por el apoderado de la parte demandada, relativo a la supuesta dificultad para establecer si el actor prestó sus servicios para la persona natural o para la sociedad Clínica Veterinaria Dr. Pablo Agudelo S.A.S., dicho planteamiento no resulta atendible. Lo anterior, por cuanto no se acreditó dentro del proceso que el contrato inicialmente suscrito entre el actor y el señor Pedro Andrés Agudelo Bernal hubiese sido terminado, modificado o sustituido por uno nuevo celebrado con la mencionada persona jurídica. Por el contrario, lo probado en el expediente permite concluir que la relación contractual fue única, continua e ininterrumpida, y que se celebró directamente con el demandado, quien además reconoció que el actor prestó sus servicios en beneficio de su establecimiento comercial.

Asimismo, debe señalarse que los documentos aportados por el demandante denominados: “3. Contrato de prestación de servicios primigenio entre las partes y 4. Otrosí al contrato, denominado “Otrosí Modificación Contrato Laboral” que tenían el propósito de demostrar una vinculación laboral fueron objeto de tacha de falsedad que prosperó, razón por la cual fueron excluidos del acervo probatorio y, en consecuencia, no pueden ser considerados para el análisis de fondo del presente asunto.

Así las cosas, esta Corporación comparte la conclusión a la que arribó el juez de primera instancia, en el sentido de declarar la existencia de un contrato de trabajo entre el actor y el demandado, sustentado en los elementos probatorios válidamente recaudados y valorados conforme a las reglas de la sana crítica, tal y como lo establece el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social. En consecuencia, no se configura el yerro alegado por el recurrente, ni resulta procedente la revocatoria de la condena impuesta, por cuanto no se acreditó ninguna excepción que desvirtuara la existencia del contrato realidad. En consecuencia se ha de confirmar la sentencia apelada.

Así quedan resueltos todos los puntos planteados en el recurso de apelación interpuesto.

COSTAS

Sin condena en costas o agencias en derecho en esta instancia.

DECISIÓN

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 proferida por el Juzgado Treinta y Dos del Circuito de Bogotá el 02 de julio de 2024 dentro del proceso promovido por JOHAN SEBASTIAN CALLEJAS BERNAL contra PABLO ANDRES AGUDELO BERNAL ; de conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas o agencias en derecho en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized 'R' and 'O' that loop around each other, with several horizontal strokes in the middle.

Magistrado

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, sweeping 'R' followed by a series of loops and a long, trailing stroke.

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized 'J' and 'G' that loop around each other, with several horizontal strokes in the middle.

Magistrado



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

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR VIRGELINA ORTEGA y GERARDO BALAGUERA GALVIS contra la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES. Radicación No. 11001-31-05-046-2023-00372-01.

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticinco (2025); se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022; con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES contra la sentencia del 11 de abril de 2024 proferida por el Juzgado Cuarenta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los Magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

Los demandantes Virgelina Ortega y Gerardo Balaguera Galvis, por intermedio de apoderado judicial, instauraron demanda ordinaria laboral en contra de la demandada antes referida para que se declare que el señor Yeifer Erney Balaguera Ortega (Q.E.P.D) falleció el pasado 04 de agosto de 2019, como consecuencia de un accidente de tránsito; que le corresponde a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud ADRES, como administradora de los recursos de la Subcuenta ECAT del otrora FOSYGA, el reconocimiento y pago de la indemnización por muerte y gastos funerarios, por la muerte del señor Yeifer Erney Balaguera Ortega (Q.E.P.D).

Así mismo, que se declare que los señores Virgelina Ortega y Gerardo Balaguera Galvis, son los únicos beneficiarios con igual o mejor derecho para reclamar la indemnización por muerte y gastos funerarios reclamados, de la que trata el artículo 2.6.1.4.2.1.1 del

decreto 0780 de 2016, tras el fallecimiento del señor Yeifer Erney Balaguera Ortega (Q.E.P.D); y que les asiste el derecho al 100% de la indemnización reclamada.

Como consecuencia de lo anterior, solicitan que se condene a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud -ADRES-, a que reconozca y pague el 100% de la indemnización por muerte y gastos funerarios por el fallecimiento del señor Yeifer Erney Balaguera Ortega (Q.E.P.D), como consecuencia de un accidente de tránsito, por el valor de \$25.000.000, correspondiente a 750 SMLDV en los términos establecidos por los artículos 2.6.1.4.2.1.3 y 2.6.1.4.2.1.1 del Decreto 0780 de 2016; la indexación de dicha indemnización desde el 30 de abril de 2020; lo probado ultra y extra petita y las costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones manifestaron que el señor Yeifer Erney Balaguera Ortega, falleció el pasado 04 de agosto de 2019 como consecuencia de un accidente de tránsito ocurrido el mismo día en el Municipio de Ocaña, Norte de Santander; que el accidente de tránsito se produjo cuando el señor Yeifer Erney Balaguera Ortega, transitaba en calidad de conductor de un vehículo automotor tipo motocicleta de placa SLX03C, la cual colisionó contra otra motocicleta, y que para la fecha del siniestro la motocicleta de placa SLX03C, no contaban con póliza Soat Vigente.

También refieren que Virgelina ortega y Gerardo Balaguera Galvis, eran los padres de Yeifer Erney Balaguera Ortega (Q.E.P.D) y, por lo tanto, que no existe persona alguna con igual o mayor derecho para reclamar la indemnización por muerte y gastos funerarios contemplada en el Decreto 0780 de 2016. Afirman que la señora Virgelina Ortega presentó reclamación administrativa ante la subcuenta ECAT del otrora FOSYGA el día 31 de enero de 2020, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de la indemnización por muerte y gastos funerarios en virtud el fallecimiento del señor Yeifer Erney Balaguera Ortega (Q.E.P.D); y que el 08 de mayo de 2020, fue notificado el resultado de auditoria integral de la reclamación, indicando que la misma había resultado “No Aprobada” con la siguiente descripción “La víctima no se encuentra reportado fallecido en la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil”.

Así pues, el día 28 de agosto de 2020, mediante oficio No ASG2020-AUD-74902, fue objetada la glosa impuesta a la reclamación, aclarando que la entidad ADRES se estaba equivocando, puesto que el fallecimiento sí se encontraba inscrito en la Registraduría Nacional del Estado Civil, como se puede evidenciar en los anexos del escrito dirigido a dicha entidad; que el 11 de diciembre de 2020, fue notificado el resultado de auditoría integral de la reclamación, indicando que la reclamación había adquirido el estado de auditoría de “No Aprobado”, toda vez que, la reclamación radicada por la parte interesada

fue presentada por fuera del término legal, por tanto la reclamación adquirió el estatus de “no aprobada” manteniendo en firme la glosa antes mencionada.

Actuación procesal

Subsanada y admitida la demanda con auto del 04 de agosto de 2023, el Juzgado Cuarenta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá ordenó notificar a la demandada. Cumplido lo anterior, la demandada guardó silencio, motivo por el cual mediante auto de fecha 10 de noviembre de 2023 se tuvo por no contestada la demanda (archivo 13 del expediente digital).

Sentencia de primera instancia

El Juzgado Cuarenta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 11 de abril de 2024 resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: DECLARAR que VIRGELINA ORTEGA Y GERARDO BALAGUERA GALVIS, tienen derecho al reconocimiento y pago de la indemnización por muerte y gastos funerarios con ocasión al fallecimiento en accidente de tránsito de su hijo Yeifer Erney Balaguera Ortega (q.e.p.d.), conforme a los motivos expuestos en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES a reconocer y pagar a favor de VIRGELINA ORTEGA Y GERARDO BALAGUERA GALVIS la suma total de \$20.705.275, en un 50% para cada uno de ellos, suma que deberá ser indexada al momento de su pago.

TERCERO: Costas a cargo de la demandada. Líquidense por secretaría, incluyendo en ella, como agencias en derecho el equivalente a medio smmlv a favor de cada uno de los demandantes.

CUARTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, REMÍTASE el expediente a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.”.

Para llegar a la anterior decisión, luego de citar todas las normas relacionadas con el reconocimiento y pago de la indemnización solicitada, la a quo encontró que la negativa de la demandada para reconocer la prestación consistía en que el causante Yeifer Erney Balaguera Ortega (Q.E.P.D) no se encontraba registrado en la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil como fallecido, resultando curioso tal afirmación cuando de conformidad con la certificación emitida por la Registraduría el 17 de septiembre de 2020, se puede establecer que mediante resolución 10801 del 6 de septiembre de 2019 se procedió a cancelar por muerte la cédula de la víctima, es decir, 9 meses antes de que se comunicara la negativa para el reconocimiento prestacional.

En otras palabras, refirió que, para el mes de mayo de 2020, la demandada no podía alegar la falta de registro del deceso del señor Yeifer Erney Balaguera Ortega (Q.E.P.D) y negar la reclamación, reiterando tal argumento en el mes de noviembre de 2020, pues desde el mes de septiembre de 2019, se reitera ya se había cancelado la identificación de la víctima con ocasión al deceso. Concluyó entonces que la negativa de la demandada para el reconocimiento de la prestación solicitada no tuvo sustento alguno, por lo tanto, la condenó al reconocimiento y pago de tal indemnización.

Recursos de Apelación

El apoderado de la **demandada** presentó recurso de apelación contra la sentencia y solicitó revocar la condena impuesta en contra de la administradora de los recursos de la Seguridad Social en Salud – ADRESS, conforme a lo dispuesto en el Decreto 180 de 2016, en el artículo 2.6.1.4.2.3. el cual indica la cobertura de las de “las cuantías correspondientes a los servicios prestados a las víctimas de accidente de tránsito, de evento catastrófico, de origen natural, de evento terrorista o de otro evento aprobado, serán cubiertos por la compañía aseguradora.” Conforme al trámite administrativo inmerso dentro de este proceso, se tiene que los demandantes interpusieron reclamaciones administrativas solicitando el reconocimiento de la respectiva indemnización, por parte de una víctima en un evento de accidente de tránsito, situación que la administradora de los recursos de la Seguridad Social en Salud – ADRES desestimó; en virtud a que conforme a las validaciones que realizó administrativamente no encontró probado dicho evento desafortunado.

Indica que, con relación a los requisitos y a la normatividad para la presentación y pago de reclamaciones, es necesario precisar que, si bien es cierto, el derecho a reclamar está consagrado en la normatividad vigente se establece requisitos que deben cumplir las solicitudes que se hagan en tal sentido al FOSYGA hoy ADRES; y lo cierto es que en el presente asunto no se respetó el tiempo para ratificar o subsanar la glosa impuesta, razón por la cual el ADRES no tuvo otro camino que ratificar la glosa conforme a la normatividad expresa.

Finalmente, se solicita revocar la condena en costas en virtud de que la administradora de los recursos de la Seguridad Social en Salud actuó conforme a derecho y apegada a un procedimiento administrativo que ha sido establecido para este tipo de reclamaciones; y que la negación del derecho a la indemnización no surgió por culpa exclusiva de la ADRES, sino en virtud del no cumplimiento del procedimiento administrativo, ello como situación ajena a la voluntad de reconocimiento o de subsanación de la glosa, lo cual llevó a mantener la primigenia decisión de no reconocer la indemnización solicitada por la parte actora.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Con auto del 04 de junio de 2024 se admitió el recurso de apelación y se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión; concurrieron ambas partes.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por el recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Con base en esta disposición normativa, es que se ha entendido que la competencia del *ad quem* se encuentra limitada a los puntos materia de inconformidad debidamente sustentados en la apelación interpuesta. Cabe resaltar que reiterada y pacíficamente la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha insistido en que quien apela tiene la obligación de sustentar de manera clara y suficiente el recurso; y es por ello que el *ad quem* no puede asumir, de manera oficiosa, el estudio de materias no propuestas (CSJ SL2627-2021 y SL2245-2023).

En esa medida, la Sala únicamente se pronunciará frente a los puntos materia de inconformidad presentados por el apoderado de la demandada, quien se limitó a cuestionar puntualmente el argumento expuesto por la a quo frente a la glosa presentada por el ADRES en la respuesta del 8 de mayo de 2020 frente a la solicitud de reclamación de la indemnización por muerte y gastos funerarios.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos a resolver consisten en: i) determinar si la a quo se equivocó al establecer que los demandantes acreditaron la inscripción del fallecimiento del señor Yeifer Erney Balaguera Ortega (Q.E.P.D) ante la Registraduría Nacional del Estado Civil y, por ende, que tienen derecho al pago de la indemnización por muerte y gastos funerarios por el fallecimiento del causante y; ii) si es procedente la condena por las costas procesales.

Sea lo primero decir que en esta instancia no se cuestiona la calidad de los demandantes Virgelina Ortega y Gerardo Balaguera Galvis como beneficiarios del causante Yeifer Erney Balaguera Ortega (Q.E.P.D), pues su calidad de padres se encuentra acreditada en el expediente y no fue objeto de inconformidad en el recurso de apelación presentado; tampoco es motivo de inconformidad que el señor Yeifer Erney Balaguera Ortega (Q.E.P.D) falleció el 4 de agosto de 2019.

Para abordar el primer problema jurídico, se debe destacar que el capítulo 4 del Decreto 780 de 2016 *“por medio del cual se expide el Decreto Único Reglamentario del Sector Salud y Protección Social”* que reglamenta la Subcuenta de Seguir de Riesgos Catastróficos y Accidentes de Tránsito – ECAT, establece en el artículo 2.6.1.4.2.11 la *“Indemnización por muerte y gastos funerarios”* como el valor a reconocer a los beneficiarios de la víctima que haya fallecido como consecuencia de un accidente de tránsito, de un evento terrorista, de un evento catastrófico de origen natural u otro evento aprobado, siempre que se concurra dentro del año siguiente a la fecha del suceso.

Para acceder a la indemnización, el beneficiario deberá presentar una solicitud conforme lo dispone el artículo 2.6.1.4.2.14 *ibidem* en concordancia con lo dispuesto en el artículo 7 de la Resolución 1745 de 2016 (vigente para el momento en que se radicó la solicitud) *“Por la cual se establece el procedimiento para el trámite de las reclamaciones, con cargo a la Subcuenta del Seguro de Riesgos Catastróficos y Accidentes de Tránsito - ECAT del Fondo de Solidaridad y Garantía - FOSYGA, o quien haga sus veces, y se dictan otras disposiciones”* expedida por el Ministerio de Salud y Protección Social, anexando los documentos que se relacionan en el artículo 5 de esta misma disposición.

Cumplido lo anterior, en virtud de lo dispuesto en el artículo 9 *ibidem*, toda reclamación ante la Subcuenta ECAT del FOSYGA o quien haga sus veces, surtirá para su verificación, control y pago, las etapas de: 1) pre-radicación; 2) radicación; 3) auditoría integral; 4) comunicación del resultado de auditoría y respuesta al mismo; y/o 5) pago, cuando este último proceda; las cuales se encuentran regladas en los artículos 12 a 27 *ejusdem*.

Ahora en cuanto a la etapa de auditoría integral, el artículo 18 de la Resolución 1745 de 2016 dispone que una vez adelantada la misma, el FOSYGA o quien haga sus veces, aplicará uno de los siguientes estados:

“Aprobado: Cuando todos los ítems de la reclamación cumplen con los criterios señalados en la normativa vigente.

Aprobado parcial: Cuando alguno o algunos de los ítems de la reclamación cumple(n) con los criterios señalados en la normativa vigente.

No aprobado: Cuando todos los ítems de la reclamación no cumplen con los criterios señalados en la normativa vigente”.

De acuerdo con lo anterior, la Sala observa que con el escrito de la demanda, los demandantes aportaron las peticiones a través de las cuales solicitaron la indemnización que ahora se reclama en el presente asunto (fols. 1, 2, 23, 24, 26 y 27 del archivo 03).

Frente a la anterior solicitud, mediante oficio No. 43846 del 8 de mayo de 2020 la accionada emitió respuesta a la accionante indicando como estado de la reclamación “no probada” de la siguiente manera (fol. 24 archivo 03):

“En relación con la reclamación de la referencia, presentada ante la ADRES, se informa que, una vez surtido el correspondiente trámite de auditoría integral, de conformidad con la normativa vigente, la reclamación adquirió estado de “No Aprobada”, por las causales de glosa que se enuncian a continuación:

Código	Descripción
365.1	La víctima no se encuentra reportado fallecido en la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil.
NOTA(S) ACLARATORIA(S)	
Si objeta, indicar en forma concreta los motivos de la objeción y en qué documento se soporta la misma. Y en caso de adjuntar nuevo documento; este debe ser relacionado con el motivo de la objeción. Y si es para subsanar las glosas impuestas adjuntar los soportes correspondientes y precisar a qué glosa corresponde; junto con el FURPEN completamente diligenciado y en debida forma.	

Fuente SII-ECAT

En la misma respuesta, la asesora de la dirección general encargada de la dirección de otras prestaciones del ADRES le informó a la señora Virgelina Ortega que contaba con un término de dos (2) meses para objetar las glosas o para subsanarlas.

Ahora bien, observa la Sala que, frente a la anterior respuesta, la accionante presentó objeciones mediante escrito del 28 de agosto de 2023 en las que cuestionó el hecho indicado por la demandada e informó que el fallecimiento del señor Yeifer Erney Balaguera Ortega (Q.E.P.D) se encontraba registrado en la Notaría Segunda del Círculo de Ocaña bajo el indicativo serial 06331600; aportando la documentación que respaldaba tales afirmaciones, específicamente una certificación emitida por la Registraduría Nacional del Estado Civil en la que indicaba tal circunstancia y el registro civil de defunción.

En atención a las objeciones presentadas, la accionada emitió una segunda respuesta el 12 de noviembre de 2020 en la que indico lo siguiente:

“En relación con la reclamación de la referencia, presentada ante la ADRES, se informa que, una vez surtido el correspondiente trámite de auditoría integral, de conformidad con la normativa vigente, la reclamación adquirió estado de “No Aprobada”, por las causales de glosa que se enuncian a continuación:

Código	Descripción
122.2	De conformidad con lo establecido en el artículo 24 de la Resolución 1645 de 2016, el reclamante presenta la respuesta al resultado de auditoría después de los 2 meses siguientes al recibo de la comunicación, la cual fue recibida el día 11/06/2020 y la reclamación fue radicada el día 31/08/2020, es decir, fuera del término legal, en consecuencia, la reclamación adquiere el estado de auditoría de "No aprobada".
365.1	Se mantiene, la víctima no se encuentra reportado fallecido en la base de datos de la Registraduría Nacional del Estado Civil.

Fuente SII-ECAT

De lo anterior, la Sala advierte que ambas respuestas emitidas por la accionada se fundamentan en lo mismo, y es que la víctima Yeifer Erney Balaguera Ortega (Q.E.P.D) no se encuentra reportado como fallecido en la base de la registraduría Nacional del Estado Civil; y en la segunda respuesta emitida por la demandada se advierte que la negativa de la demandada para el reconocimiento de la prestación también se fundamenta en el hecho de que las objeciones a la glosa inicial se presentó luego de los 2 meses que la entidad otorgó para el pronunciamiento correspondiente.

Atendiendo lo anterior, la Sala concuerda con el análisis realizado por la juez de primera instancia frente a este aspecto como quiera que de conformidad con lo indicado en el registro civil de defunción del señor Yeifer Erney Balaguera Ortega (Q.E.P.D) obrante a folio 35 del archivo 03 del expediente digital, se logra advertir no solo que su fallecimiento ocurrió el 4 de agosto de 2019, sino también que dicho acto fue registrado el 21 de noviembre de 2019. Luego entonces no es aceptable que, para el mes de mayo de 2020, la demandada se hubiera negado a reconocer la prestación solicitada por los demandantes argumentando que el hecho de que el fallecimiento del causante no se encontraba registrado ante la autoridad correspondiente, cuando las pruebas aportadas dan cuenta de lo contrario.

Aunado a lo anterior, aunque la objeción a la glosa antes mencionada se presentó fuera de los 2 meses establecidos en la ley, lo cierto es que la glosa relacionada en la respuesta emitida por el ADRES el 8 de mayo de 2020 no cuenta con un respaldo jurídico o fáctico que respalde la decisión de la convocada a juicio. En ese orden de ideas, se deberá confirmar la decisión de la a quo en este aspecto.

Por otro lado, el apoderado de la demandada afirma que en el trámite del proceso administrativo, la ADRES no logró encontrar acreditado el hecho desafortunado, esto es el accidente de tránsito en el que el señor Yeifer Erney Balaguera Ortega (Q.E.P.D) perdió la vida. Debe mencionarse que este aspecto no fue puesto de presente por la convocada a juicio al momento en el que emitió la glosa frente a la auditoría integral, por lo tanto, no constituyó un argumento para negar, en su momento, la prestación reclamada por los demandantes. En todo caso, para la Sala, esta circunstancia también se encuentra acreditada en el expediente, particularmente con la certificación por la Asistente de Fiscal, de la Fiscalía Delegada ante Jueces Penales del Circuito de Ocaña Norte de

Santander de fecha 12 de noviembre de 2019 en la que se indicó que se adelanta investigación por el delito de homicidio culposo por el fallecimiento del señor Yeifer Erney Balaguera Ortega (Q.E.P.D) por los hechos ocurridos el 4 de agosto de 2019 en un accidente de tránsito, en el sector la Hormiga, víctima que se movilizaba como conductor de vehículo motocicleta de placas SLX03C, quien colisionó con motocicleta de placas PCR79B conducida por Johan Alexander Álvarez quien resultó lesionado y posteriormente también fallece.

En dicho certificado también se hizo referencia al análisis y opinión pericial de la necropsia realizada al señor Yeifer Erney Balaguera Ortega (Q.E.P.D) en el que se estableció como manera de muerte: “Accidente de tránsito”, como mecanismo de muerte: “Choque neurogénico secundario a fractura cervical C6-C7” y como causa de muerte: “trauma cervical contundente en accidente de tránsito”. De manera que, el accidente, que el apoderado de la demandada afirma en su recurso que la entidad no pudo determinar, si se encontraba acreditado, por lo tanto, los argumentos expuestos no resultan suficientes para revocar la decisión adoptada por la a quo.

Cabe aclarar que, el monto de la indemnización y la forma de distribución de la misma no fue objeto de apelación, por lo tanto, la Sala no realizará ningún pronunciamiento al respecto y confirmará la decisión de la a quo en su integridad.

Con relación al segundo problema jurídico, esto es la condena en costas, la Sala debe señalar que en virtud de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, así como también a la parte frente a la cual se resuelva desfavorablemente el recurso de apelación; sin que se advierta que en el presente proceso se hayan presentado razones válidas que permitan absolver a la demandada de este concepto. Por este motivo se confirmará la condena en costas de primera instancia y se condenará a la demandada al pago de las costas y agencias en derecho en esta instancia.

Así queda resuelto el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada.

COSTAS

Costas y agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandada por la suma de \$1.000.000.

DECISIÓN

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 proferida por el Juzgado Cuarenta y Seis Laboral del Circuito de Bogotá el 11 de abril de 2024 dentro del proceso promovido por VIRGELINA ORTEGA y GERARDO BALAGUERA GALVIS contra la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Costas y agencias en derecho en esta instancia a cargo de la demandada por la suma de \$1.000.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado



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

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR: PAOLA CASALLAS CASTAÑEDA contra AMERICAS BUSINESS PROCESS SERVICES S.A. No. 11001-31-05-033-2019-0855-01.

Bogotá D.C., treinta (3) de abril dos mil veinticinco (2025), se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante contra la sentencia del 6 de mayo de 2024 proferida por el Juzgado Cuarenta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente sentencia:

SENTENCIA

Paola Casallas Castañeda, a través de apoderado judicial, presentó demanda ordinaria laboral contra la sociedad demandada., con el propósito de que se declare la existencia de un contrato individual de trabajo a término indefinido, vigente desde el 1.º de junio de 2012 y sin solución de continuidad hasta la fecha. Asimismo, solicita que se reconozca que, debido a sus múltiples patologías que le generan una situación de discapacidad, goza de una protección especial derivada del fuero de estabilidad laboral reforzada, y que, en consecuencia, el despido del que fue objeto el 16 de mayo de 2019 carece de efectos jurídicos por haberse efectuado sin autorización de la autoridad competente.

De igual forma, pretende que se mantenga en firme la decisión adoptada por el Juzgado Cuarenta (40º) Civil Municipal de Oralidad de Bogotá D.C., ratificada por el Juzgado Séptimo Civil del Circuito de la misma ciudad, mediante la cual se concedió el amparo transitorio de sus derechos fundamentales al debido proceso, estabilidad laboral reforzada, vida digna, mínimo vital, salud y seguridad social. En consecuencia, solicita el reintegro

definitivo a un cargo acorde con sus recomendaciones médicas, sin desmejora de sus condiciones laborales.

Adicionalmente, busca que se declare la existencia de acoso laboral en su contra, en las modalidades que se consideren acreditadas, y que, con fundamento en la queja que presentó al respecto, se reconozca que su despido constituye una retaliación proscrita por el artículo 11 de la Ley 1010 de 2006. Por ello, solicita la protección efectiva de su derecho al trabajo, el cese de los actos de acoso laboral en su contra y en contra de los testigos del proceso, así como la imposición de sanciones a los responsables y la indemnización correspondiente por los perjuicios morales y materiales causados.

Por último, persigue que se condene a la empresa al pago de la indemnización establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 por el despido de una persona en condición de discapacidad, así como cualquier otra condena que resulte procedente conforme a lo probado dentro del proceso, incluyendo el pago de las costas procesales.

Con fundamento en sus pretensiones, la parte demandante sostiene que se vinculó laboralmente a la empresa demandada el 1.º de junio de 2012, mediante contrato a término indefinido para desempeñar el cargo de agente ETB ventas. Durante su permanencia en la compañía, prestó sus servicios de manera personal y directa, atendiendo oportunamente los requerimientos del empleador, entre los cuales se incluían labores de atención telefónica a clientes, asignadas según la campaña determinada por la empresa.

A lo largo de la relación laboral, la trabajadora enfrentó diversos quebrantos de salud que comprometieron de manera significativa su capacidad física y mental. Entre las patologías diagnosticadas se destacan: enfermedad de Hodgkin, trastornos mixtos de ansiedad y depresión, migraña crónica de difícil manejo, síndrome del túnel del carpo bilateral, pérdida progresiva de la audición en el oído derecho por tumor benigno, entre otras. Señala la apoderada que estas afecciones, fueron debidamente acreditadas mediante incapacidades, recomendaciones médicas, valoraciones clínicas e intervenciones terapéuticas, originaron múltiples autorizaciones por parte de la empresa para asistir a citas médicas, así como la reubicación laboral en atención a sus restricciones.

Sin embargo, en lugar de garantizar condiciones laborales compatibles con su estado de salud, la empleadora optó por apartar a la accionante de sus funciones habituales, ubicándola en un grupo denominado “los aforados”, integrado por trabajadores con limitaciones médicas, a quienes se les asignaban tareas sin contenido productivo alguno, en condiciones que resultaban discriminatorias y excluyentes. Esta situación dio lugar a denuncias por acoso laboral, tanto ante el Comité de Convivencia como ante el Ministerio del Trabajo, con ocasión de lo cual la empresa optó por terminar el contrato de trabajo el 16 de mayo de 2019, decisión que se adoptó apenas dos días después de comunicarse el cierre del caso de acoso laboral.

Actuación procesal

Una vez presentada la demanda, la Juez Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C. la admitió mediante auto del dieciséis (16) de octubre de 2020, ordenando la notificación de la demandada.

Revisado el expediente, se tiene que la AMERICAS BUSINESS PROCESS SERVICES S.A. dio contestación a la demanda en los términos del archivo 13 del expediente digital. Asimismo, mediante auto del veintitrés (23) de agosto de 2023, el Juzgado Cuarenta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá avocó conocimiento del proceso y continuó con su trámite.

Sentencia de primera instancia

El Juzgado Cuarenta y Cuatro (44) Laboral del Circuito de Bogotá D.C., mediante sentencia proferida el 6 de mayo de 2024 resolvió lo siguiente:

PRIMERO: ABSOLVER a la sociedad AMERICAS BUSINESS PROCESS SERVICES S.A. de todas las pretensiones incoadas en su contra por parte de la señora PAOLA CASALLAS CASTAÑEDA, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de “INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN”, por lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia por no encontrarse comprobadas de conformidad con el numeral 8 del artículo 365 del CGP.

En lo que respecta a la resolución del presente caso, la juez de primera instancia decidió absolver a la empresa demandada del reintegro solicitado, al respecto indicó la *a quo* que aunque se acreditó que entre las partes existió una relación laboral vigente desde el 1° de junio de 2012, la cual finalizó el 16 de mayo de 2019, y que la trabajadora fue diagnosticada con varias patologías, tales como linfoma no Hodgkin, cefalea crónica, síndrome de túnel carpiano y depresión moderada, no se logró demostrar que dichas condiciones configuraran una discapacidad en los términos exigidos por la Ley 361 de 1997 y la Ley 1618 de 2013.

Al respecto indica que si bien las enfermedades fueron de mediano y largo plazo, no se aportaron elementos de convicción que permitieran establecer que dichas patologías hubieran generado una barrera sustancial en el entorno laboral, ni que le impidieran a la actora desempeñar sus funciones en igualdad de condiciones con los demás trabajadores. Por el contrario, del acervo probatorio se concluye que la demandante continuó desarrollando sus funciones con normalidad durante varios años, fue objeto de reubicaciones acordes a sus recomendaciones médicas generales y que, al momento del despido, no se encontraba

incapacitada ni había sido objeto de una orden médica de reubicación específica. Incluso, según certificación expedida por la clínica tratante, la trabajadora era considerada apta para continuar con sus actividades laborales.

Adicionalmente, no se demostró que la terminación del contrato de trabajo hubiera tenido como causa su estado de salud. El empleador justificó la desvinculación con fundamento en la terminación de la campaña ETB, para la cual había sido contratada la actora, hecho que, además, fue aplicado a la mayoría de los trabajadores vinculados a dicha campaña. Esta circunstancia se encuentra prevista en la cláusula segunda del contrato de trabajo, donde se pactó expresamente que la duración del vínculo estaría sujeta a la continuidad del cliente corporativo, circunstancia que se materializó al finalizar la campaña. Por tanto, no se evidencia discriminación por razón de discapacidad, ni nexo causal entre la desvinculación y las patologías de la trabajadora.

Así mismo, el despacho advirtió que no existía prueba contundente que permitiera concluir que la empresa tenía conocimiento cierto de una situación de discapacidad relevante en los términos de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Si bien la actora manifestó haber informado sobre su diagnóstico, el expediente no contiene pruebas fehacientes de una comunicación formal o de recomendaciones laborales específicas que debieran ser acatadas por el empleador. Aunado a ello, las sugerencias médicas obrantes en el expediente eran de carácter general, sin que pudieran calificarse como barreras laborales que exigieran ajustes razonables.

En tal sentido, y conforme lo ha precisado la Corte Suprema de Justicia en reciente jurisprudencia, no todo quebranto de salud configura por sí solo una situación de discapacidad que active la protección especial derivada del artículo 26 de la Ley 361 de 1997. Para ello, deben concurrir elementos objetivos que acrediten una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano o largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, impidan la participación plena y efectiva del trabajador en el entorno laboral, en condiciones de igualdad con los demás. Requisitos que no fueron acreditados por la parte actora en el presente caso.

De igual forma, el despacho resaltó que la protección del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 sólo es exigible cuando el trabajador se encuentra amparado por dicha norma al momento de la terminación del contrato, lo cual no se cumplía en el presente asunto. Por tanto, no era exigible el permiso del Ministerio del Trabajo para proceder a la desvinculación, ni procedía la indemnización establecida en dicha disposición.

Por todo lo anterior, el despacho concluyó que no se encontraba demostrado el derecho de la demandante al reintegro laboral ni a la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, por lo que se impone la desestimación de las pretensiones, así como la

declaración de prosperidad de la excepción de inexistencia de la obligación formulada por la parte demandada.

Recurso de Apelación

La apoderada de la parte actora interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia al considerar que el juez *a quo* desconoce los elementos necesarios para declarar la existencia de una estabilidad laboral reforzada por razones de salud en favor de su representada.

En su intervención, cuestionó el análisis efectuado por el juzgado, en particular la valoración probatoria y jurisprudencial en torno a los tres elementos que configuran dicha garantía constitucional, esto es: la existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial de mediano o largo plazo; la existencia de una barrera actitudinal, social, económica o cultural que impida el desempeño laboral en condiciones de igualdad; y el conocimiento de esta situación por parte del empleador, bien sea de manera directa o por su carácter notorio.

A juicio de la apelante, si bien el despacho reconoció que la trabajadora presentaba deficiencias físicas y mentales, incurrió en un error al descartar la existencia de barreras que impidieran su efectiva integración al entorno laboral. Preciso que, desde su ingreso a la empresa, su representada enfrentó dificultades en el desarrollo de sus funciones debido a múltiples patologías, no solo las reconocidas en la sentencia (síndrome del túnel del carpo, cefalea crónica, diagnóstico oncológico y afectaciones psicológicas), sino también por una condición auditiva que agravaba su estado general de salud.

Sostuvo que esta situación generó múltiples reubicaciones laborales, siendo finalmente enviada a su casa con el pago de salario, en aplicación del artículo 140 del Código Sustantivo del Trabajo, decisión que, en su criterio, evidencia el reconocimiento por parte del empleador de la existencia de una barrera que le impedía desempeñar sus funciones en igualdad de condiciones. Agregó que, tras su reincorporación, la trabajadora fue ubicada en una sala denominada “de aforados”, junto con otros empleados en condiciones similares, espacio que, según los testimonios rendidos por Lucelia Marichal y Patricia Zapata, no cumplía una función de capacitación real, sino que obedecía a la imposibilidad de reubicar a quienes, por sus condiciones de salud, estaban protegidos por el fuero de estabilidad.

Reprochó que el fallo de primera instancia omitiera el carácter discriminatorio del despido, toda vez que la empleadora tenía pleno conocimiento de las múltiples patologías de su representada, como lo acreditan las recomendaciones laborales de carácter permanente, los exámenes médicos ocupacionales y el acta del examen de egreso. Señaló, además, que la empresa no cumplió con su obligación de buscar opciones de reubicación que permitieran la continuidad laboral, y, por el contrario, optó por desvincularla sin haber solicitado la

autorización previa ante el Ministerio del Trabajo, a pesar de tener conocimiento de su estado de salud.

Indicó que, de acuerdo con los medios probatorios recaudados, se encontraba plenamente demostrado que la trabajadora presentaba deficiencias físicas y mentales al momento del despido, que existía una barrera insuperable que le impedía el normal desempeño de sus labores, y que tales condiciones eran conocidas por el empleador. En consecuencia, consideró que se cumplían los presupuestos para la protección por estabilidad laboral reforzada, por lo que solicitó al Tribunal Superior de Bogotá revocar la decisión impugnada y acceder a las pretensiones de la demanda, en defensa de los derechos fundamentales de su representada.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Con auto del 17 de junio de 2024 se admitió los recursos de apelación en contra de la sentencia de primera instancia y se corrió traslado para que presentaran los alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, esta Sala de decisión procederá a analizar los puntos de inconformidad planteados por la recurrente al interponer y sustentar los recursos ante la Juez de primera instancia, dado que el fallo que se emita debe circunscribirse exclusivamente a dichas materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar aspectos ajenos a estos.

En este contexto, los problemas jurídicos a resolver se centran en las siguientes cuestiones: i) Determinar si, en el presente caso, el juez de primera instancia incurrió en error al concluir que el actor no gozaba de estabilidad laboral reforzada en razón de su estado de salud. ii) Establecer si procede modificar la parte resolutive de la sentencia en los términos solicitados en el recurso de apelación presentado por la apoderada de la parte actora.

Visto lo anterior, es preciso señalar que no existe discusión acerca de la existencia de una relación laboral por obra labor determinada entre las partes, en la cual el demandante se ha desempeñado como ayudante técnico. Y que le fue terminado el contrato por parte de la empresa el 13 de septiembre de 2017.

Así las cosas, procede la Sala a estudiar si el demandante contaba o no con estabilidad laboral reforzada por su estado de salud. Para tal efecto, es pertinente precisar que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 dispone: “*Ninguna persona limitada podrá ser despedida o su contrato terminado por razón de su limitación, salvo que medie autorización del Inspector del Trabajo*”. Desde el punto de vista jurídico y jurisprudencial, de este artículo se desprenden tres fundamentos que se pueden sintetizar de la siguiente manera: i) las garantías de

estabilidad laboral previstas en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 no están destinadas a trabajadores con cualquier tipo de enfermedad o limitación, sino a aquellos que sufren una limitación moderada, severa o profunda; ii) el empleador debe conocer esa condición y no puede terminar la relación laboral por razón de la limitación física sin previa autorización del Ministerio del Trabajo; y iii) dicha limitación debe crear barreras que impidan un desempeño laboral en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.

En consonancia con lo establecido en la reciente sentencia SL 1152 del 10 de mayo de 2023, radicado 90116, de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la aplicación de esta protección supone el cumplimiento de ciertas pautas relacionadas con el grado de discapacidad o limitación y su impacto en el entorno laboral. Estas garantías no surgen simplemente por estar el trabajador incapacitado temporalmente o por padecer alguna enfermedad; **es necesario que sufra una lesión o patología que disminuya de manera clara y evidente su capacidad de trabajo y que constituya barreras que impidan un desempeño laboral en igualdad de condiciones con los demás trabajadores.**

Sobre los estados de salud que dan lugar a la protección reforzada, la jurisprudencia constitucional y de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que se configuran con la existencia de limitaciones físicas, sensoriales o psicológicas que afectan la capacidad laboral, o cuando, por su condición física, el trabajador se encuentra en circunstancia de debilidad manifiesta. Esta protección se extiende también a las personas respecto de las cuales esté probado que su situación de salud les impide o dificulta sustancialmente el desempeño de sus labores en condiciones regulares, sin necesidad de una calificación previa que acredite una discapacidad.

En este sentido, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido, desde la sentencia SL 1152 de 2023, que es obligación en este tipo de procesos demostrar que es una persona con discapacidad. Es decir, debe probar una deficiencia a mediano o largo plazo que le impide el desarrollo de sus roles ocupacionales y que representa una desventaja en el medio en el que presta sus servicios respecto a los demás, y que dicha condición era conocida por su empleador o era notoria al momento del retiro. Para esta tarea, debe analizarse la deficiencia (factor humano) y cotejar con el análisis del cargo del trabajador, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico (factor contextual), y la interacción entre ambos factores; sólo así es posible determinar si la limitación del trabajador realmente crea barreras que le impiden cumplir con sus funciones en igualdad de condiciones con los demás empleados.

En la misma sentencia citada, la alta corporación, al delimitar las premisas que hacen viable la protección de estabilidad laboral contenida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, concluyó que la garantía reclamada se configura cuando a la “*deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo*” se suma “*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” y que “estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios”.

En ese mismo sentido, se indicó que estas barreras, según el artículo 2.5 de la Ley 1618 de 2013, corresponden a *“cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad”*, los cuales pueden ser: *“a) Actitudinales: conductas, palabras, frases, sentimientos, preconcepciones, estigmas que impiden u obstaculizan el acceso en condiciones de igualdad de las personas con y/o en situación de discapacidad a los espacios, objetos, servicios y en general a las posibilidades que ofrece la sociedad; b) Comunicativas: obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento y, en general, el desarrollo en condiciones de igualdad del proceso comunicativo de las personas con discapacidad a través de cualquier medio o modo de comunicación, incluidas las dificultades en la interacción comunicativa de las personas; c) Físicas: obstáculos materiales, tangibles o contruidos que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad”*; presupuestos que pueden ser acreditados por cualquier medio probatorio.

En cuanto al dictamen pericial de calificación de pérdida de capacidad laboral como prueba para acreditar una situación de discapacidad, la providencia citada no lo descarta ni le resta importancia, sino que considera que no es concluyente ni definitiva. Ya la Corte, en sentencia SL572 de 2021, radicado 86728 del 24 de febrero de 2021, había señalado que *“en el evento de que no exista una calificación y, por lo tanto, se desconozca el grado de la limitación que pone al trabajador en situación de discapacidad, esta limitación se puede inferir del estado de salud en que se encuentra, siempre que sea notorio, evidente y perceptible, precedido de elementos que constaten la necesidad de la protección, como cuando el trabajador viene regularmente incapacitado, se encuentra en tratamiento médico especializado, tiene restricciones o limitaciones para desempeñar su trabajo, cuenta con concepto desfavorable de rehabilitación o cualquier otra circunstancia que demuestre su grave estado de salud o la severidad de la lesión, que limita en la realización de su trabajo”*.

Por lo anterior, debe resaltarse que cada controversia debe ser analizada individualmente, considerando los elementos de prueba presentes en el expediente. Es fundamental evitar el excesivo subjetivismo judicial en este ámbito y, por tanto, se debe destacar que la determinación de si un trabajador se encuentra en la situación mencionada debe basarse principalmente en criterios objetivos y verificables. Estos criterios deben ser definidos preferentemente por expertos en la materia y evaluados en su totalidad. En caso de que no existan criterios específicos, la decisión debe tomarse considerando los elementos relevantes de la enfermedad o padecimientos del trabajador y cómo afectan su desempeño laboral y su vida en general, teniendo siempre como referencia los dictámenes y opiniones de profesionales en el campo correspondiente.

Así las cosas, resulta relevante destacar que, durante el interrogatorio de parte absuelto por la demandante el 11 de marzo de 2024, **se evidenció** que, a pesar de contar con diversas recomendaciones médicas y diagnósticos de salud, **ella continuó desempeñando funciones similares** a las originalmente pactadas. Indicó que, si bien su contrato fue inicialmente como operadora telefónica, hacia el año 2015, por recomendación médica, fue reubicada en el área virtual, en donde realizaba el mismo proceso de atención al cliente, pero a través de chat. Posteriormente, fue ubicada en otras áreas como back office o nómina manual, sin contacto telefónico directo.

Adicionalmente, resulta llamativo para esta Corporación que la actora insista en que la empresa tenía pleno conocimiento del diagnóstico de cáncer desde el año 2010. **Sin embargo**, en las pretensiones del escrito de demanda solo solicitó el reconocimiento de una relación laboral a partir del año 2012. Esta incongruencia **debilita** su argumento de que la empresa conocía dicho diagnóstico desde una fecha anterior.

Por otra parte, la propia demandante confesó que, para la fecha de terminación del contrato, el 16 de mayo de 2019, no se encontraba con incapacidades médicas vigentes, aunque sí contaba con recomendaciones generales relacionadas con no exponerse al sol, evitar turnos superiores a seis horas, no usar audífonos y evitar situaciones de estrés. También reconoció que no existió, durante la relación laboral, una orden médica de reubicación por parte de su EPS o del médico laboral, y que no cuenta con una calificación de pérdida de capacidad laboral, pues nunca se sometió a ese trámite.

Asimismo, la accionante señaló que entre enero y mayo de 2019 solo reportó dos incapacidades por migraña. Manifestó estar en seguimiento por ansiedad, pero admitió no haber presentado incapacidades recientes por dicha causa. Respecto a la hipoacusia y al síndrome del túnel del carpo, informó que fueron condiciones diagnosticadas, pero que, pese a ello, continuó desempeñando su rol como asistente de chat en el contrato celebrado con la empresa ETB.

Ahora bien, en relación con el testimonio rendido por Luceli del Carmen Marichal Ruiz, considera el despacho que resulta relevante advertir que dicha testigo podría tener un interés personal en las resultas del presente proceso. Ello, por cuanto la declarante cursa un proceso judicial contra la misma empresa demandada ante el Juzgado 47 Laboral del Circuito de Bogotá, bajo el radicado 2022-00238. Esta circunstancia, si bien no implica per se la exclusión de su declaración, sí exige analizar su contenido con especial prudencia, dado que podría existir una afectación objetiva de su imparcialidad.

Del contenido de su declaración, se advierte que la testigo manifestó conocer a la demandante en el marco de una sala denominada “aforados”, espacio al que, según sus palabras, eran enviadas las personas que padecían patologías especiales dentro de la empresa. Afirmó haber trabajado para American Business Process Services S.A.S. durante 18 años, hasta el 4 de

junio de 2019, y sostuvo que compartió dicho espacio con la actora desde el año 2017, fecha en la que finalizó la campaña de la Empresa de Teléfonos de Bogotá en la que trabajaban varios empleados.

Respecto al estado de salud de la demandante, indicó que estableció una relación cercana con ella al observar que un vehículo de la EPS Sanitas la transportaba hasta la empresa. Según lo manifestado por la testigo, la demandante le explicó que tenía una patología especial, razón por la cual asistía a la sala de aforados. Añadió que, a lo largo del tiempo compartido, la actora le comentó que padecía cefaleas crónicas que requerían inyecciones, así como linfomas, circunstancias que justificaban sus frecuentes incapacidades.

No obstante, debe señalarse que gran parte de la información aportada por la testigo se basa en lo que le fue referido por la propia demandante durante conversaciones informales, y no en hechos directamente observados ni en documentación médica. De hecho, al ser interrogada sobre las recomendaciones médicas de la actora, reconoció no tener conocimiento de ellas, por tratarse de información de carácter reservado entre la trabajadora y la empresa.

En ese orden de ideas, si bien la testigo aportó información de interés respecto al contexto laboral en el que se desenvolvió la actora, su dicho debe ser valorado con especial cautela, habida cuenta de la existencia de un proceso judicial paralelo en el que figura como demandante contra la misma empresa, así como por el hecho de que la mayor parte de su testimonio descansa en afirmaciones realizadas por la actora fuera del ámbito estrictamente probatorio.

Por su parte, en cuanto al testimonio rendido por la señora Luz Patricia Quintero Zapata, durante su declaración manifestó que conoció a la señora Paola Casallas en el mes de marzo de 2018, cuando fue asignada a la denominada "sala de aforados", lugar al que, según ella, eran enviados trabajadores que presentaban ciertas condiciones de salud. Preciso que desde ese momento entablaron una relación cercana, pues compartían jornada de lunes a sábado, lo que generó un contacto permanente entre ambas. Más adelante, señaló que fueron trasladadas en conjunto al área de nómina manual, en abril del mismo año, donde desempeñaban labores de apoyo a la campaña de la Nueva EPS, junto con otros trabajadores, aprendices del SENA y personal de planta.

Sobre el estado de salud de la demandante, la testigo indicó que inicialmente desconocía el diagnóstico específico, pero que posteriormente, en el desarrollo de su relación laboral, la actora le comentó que padecía cefaleas, mareos, túnel del carpo, pérdida de audición y una enfermedad de carácter terminal, asociada a tumores. En su relato, expresó que observaba a la demandante con signos visibles de afectación, como somnolencia o dificultades para escuchar, pero reconoció que tales afirmaciones provenían, en buena parte, de lo que la propia señora Casallas le transmitía de forma verbal. Igualmente, afirmó que la demandante tuvo

una hospitalización en una clínica psiquiátrica hacia el mes de julio de 2018 y que, al conocer que la empresa pretendía declararla en abandono de cargo, gestionó junto con otra compañera la entrega de certificaciones sobre su estado clínico, al no haberse expedido aún una incapacidad formal.

De otro lado, manifestó que conoció por “corrillos de pasillo” que varios trabajadores del grupo de aforados, incluida la actora, habrían sido despedidos luego de interponer quejas contra la empresa. Sin embargo, al ser preguntada sobre la fuente concreta de esa información, admitió que no escuchó dicha afirmación de parte de ningún directivo ni tuvo acceso a las cartas de terminación de contrato, por lo cual se trata de información de carácter indirecto y sin sustento probatorio verificable.

A lo anterior se suma el material documental obrante en el presente proceso, en donde se advierte que en el archivo 16, aparece a folio 37 copia del certificado médico de aptitud laboral, fechado el 31 de enero de 2019. En el apartado de concepto de aptitud laboral se consigna: “Examen de diagnóstico laboral realizados”, en donde se indica lo siguiente: “(...) *Seguimiento laboral: trabajadora con migraña de difícil control, hipoacusia en estudio, antecedente de linfoma de Hodgkin en tratamiento por EPS. Considero que puede continuar sus labores habituales de digitación, pero no puede utilizar diadema ni realizar turnos nocturnos. Vigencia de 3 meses a partir de la fecha (...)*”.

Igualmente, del análisis de la historia clínica aportada por la parte actora, no se encuentra acreditado que la demandante presentara una condición médica que comprometiera su capacidad laboral al momento de la terminación del vínculo contractual. Si bien la accionante manifestó en su escrito introductorio que padecía cáncer desde el año 2010, lo cierto es que, por un lado, no se acreditó que la actora informara tal circunstancia a la empresa demandada. Por el contrario, en la historia clínica de 2018 se deja constancia de que no se presenta soporte de la patología y que, de existir, podría tratarse de un linfoma de bajo grado. No se allegaron incapacidades médicas asociadas a esta condición, ni constancia de tratamientos continuos o especializados que permitan inferir una afectación real y comprobada en su salud.

Respecto a la migraña, si bien se observa que de este diagnóstico se generó una incapacidad de dos (2) días para el año 2019, debe advertirse que dicho diagnóstico no puede asimilarse a una barrera para el desarrollo de sus funciones como agente, y que durante todo el año 2019 solo se presentó una incapacidad por ese motivo.

En lo que concierne a la presunta enfermedad auditiva, si bien el cargo fue modificado, este cambio se dio en el año 2015, y a partir de allí pudo cumplir normalmente con sus funciones hasta el año 2019, momento en el cual fue terminado el contrato por parte de la empresa demandada. Lo anterior evidencia que, con dicho diagnóstico, la demandante podía desempeñar sus labores, sin que se acredite una barrera funcional que impidiera su ejecución.

Finalmente, frente a la condición psiquiátrica, se evidencia que en el año 2018 presentó una incapacidad por esta causa. No obstante, transcurrió un tiempo considerable desde ese tratamiento, iniciado el 3 de julio de 2018, hasta la terminación del contrato, ocurrida el 16 de mayo de 2019, casi nueve meses después. No se advierte que dicho padecimiento, para ese momento, hubiese evolucionado de tal forma que pudiera considerarse una barrera efectiva para el desempeño de sus funciones laborales.

Así las cosas, con fundamento en el material probatorio allegado al proceso, esta Corporación no observa que los padecimientos de salud referidos por la parte actora hayan constituido barreras que impidieran o dificultaran sustancialmente el desarrollo de sus funciones en condiciones de igualdad respecto a los demás trabajadores. Por el contrario, se evidenció que, a pesar de sus diagnósticos médicos, la demandante continuó desempeñando actividades laborales, incluso en diferentes áreas, sin que se acreditaran restricciones funcionales permanentes, incapacidades vigentes al momento de la terminación del contrato o una afectación objetiva que limitara su capacidad para ejecutar las labores asignadas. Así, no se cumple con los presupuestos jurisprudenciales y normativos establecidos para la activación de la protección derivada de la estabilidad laboral reforzada, particularmente los relacionados con la existencia de una deficiencia de mediano o largo plazo que genere barreras para el desempeño laboral y que sea conocida o notoria para el empleador.

En consecuencia, no se advierte mérito para modificar la decisión de primera instancia, por cuanto no se acreditó que la terminación del vínculo contractual se haya originado en razón de una condición de discapacidad o de debilidad manifiesta, en los términos exigidos por el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y la jurisprudencia que lo desarrolla. Al no demostrarse la concurrencia de los elementos que configuran la protección reforzada por salud, resultan infundados los argumentos esgrimidos por la apoderada de la parte actora en sede de apelación. Por lo tanto, se confirmará la sentencia proferida en primera instancia.

Así quedan revisados todos los puntos, esgrimidos en el recurso de apelación.

COSTAS

Sin condena en costas o agencias en derecho en esta instancia.

DECISIÓN

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 proferida por el Juzgado Cuarenta y Cuatro Laboral del Circuito de Bogotá del 6 de mayo de 2024, dentro del proceso promovido por PAOLA CASALLAS CASTAÑEDA contra AMERICAS BUSINESS PROCESS SERVICES S.A. de conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas o agencias en derecho en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



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

La Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GUSTAVO ADOLFO LÓPEZ SILVA contra CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR. Radicación No. 11001-31-05-018-2022-00306-01.

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticuatro (2024); se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022; con el fin de resolver el recurso de apelación interpuestos por los apoderados de las partes contra la sentencia del 13 de junio de 2024 proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los Magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

El demandante Gustavo Adolfo López Silva, por intermedio de apoderado judicial, instauró demandar ordinaria laboral en contra de la demandada antes referida para que en aplicación del principio de primacía de la realidad sobre las formalidades se declare la existencia “*de uno o más contratos laborales*”, que los extremos temporales de dicha relación laboral fueron del 23 de enero de 2016 y 30 de junio de 2020 y que el mismo finalizó por decisión unilateral del empleador.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a la Caja de Compensación Familiar COMPENSAR, las sumas adeudadas por toda la relación laboral por concepto de prima de servicios, cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, las devoluciones de los aportes al sistema de seguridad social en salud y pensiones, la indemnización por despido sin justa causa (art. 64 CST), la sanción moratoria de la que trata el artículo 65 del CST, la sanción moratoria por falta de consignación de las cesantías al fondo de cesantías establecida en el artículo 99 de la ley 50 de 1990, sanción por no pago de los intereses a las cesantías y lo correspondiente al pago de los dominicales laborados.

Actuación procesal

Admitida la demanda con auto del 11 de abril de 2023, el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá ordenó notificar a la demandada. Cumplido lo anterior, Compensar contestó la demanda en los términos del archivo 07 del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 13 de junio de 2024 resolvió lo siguiente:

PRIMERO: ABSOLVER a la sociedad demandada CAJA DE COMPENSACIÓN FAMILIAR COMPENSAR, de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, incoadas en su contra por el señor GUSTAVO ADOLFO LÓPEZ SILVA, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: DECLARAR PROBADA las excepciones denominadas Cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y de la causa, dado el resultado de la litis.

TERCERO: CONDENAR en costas a la parte demandante, a favor de la demandada, señálense como agencias en derecho la suma de \$200.000.

CUARTO: Contra la presente providencia sólo 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.

Para adoptar esta decisión, en primer lugar, el juez hizo un recuento de lo afirmado por los testigos, luego citó la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala de casación Laboral, para indicar en palabras del a quo que “*los horarios y la realización del trabajo en las instalaciones de la empresa no significaper se el establecimiento de una dependencia o subordinación*”; indicando además que conforme a la jurisprudencia antes referida, debe analizarse el conjunto de los factores determinantes del núcleo de la vinculación jurídica y no aisladamente uno de sus elementos, pues es el contexto el que permite destacar tanto la real voluntad de los contratantes como la primacía de la realidad.

Posteriormente, al analizar el conjunto de materia probatorio no encontró acreditado el elemento de la subordinación, pues en su dicho, de la documental y la prueba testimonial, se evidencia claramente que el accionante no estaba sujeto a un horario fijo de trabajo. Indicó que el demandante recibió una suma como contraprestación, pero indica que la prestación personal del servicio nunca fue constante, y que el servicio prestado por el demandante nunca fue bajo un contrato de trabajo, sino por el contrario bajo un otro tipo de modalidad contractual.

Luego, expuso que si bien la presunción legal consagrada en el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, instituye que la prestación del servicio hace presumir una relación regida por un contrato de trabajo; con las documentales visibles a ítems 7.1 del cuaderno 1 del informativo, se establece que desde que inició el vínculo jurídico entre las partes, el demandante tenía pleno conocimiento de la modalidad contractual convenía con la demandada. Además, señaló que no se encuentra probado un vicio del consentimiento como error, fuerza y dolo, ni que el empleador hubiera utilizado maniobras fraudulentas con la intención de engañar al demandante.

Luego concluye que, la presunción legal del artículo 24 se desvanece con el material probatorio recaudado, e indica que el accionante no aportó suficientes elementos de juicio que permitieron concluir la existencia en autos de un verdadero contrato de trabajo.

Recursos de Apelación

El apoderado del demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia emitida por el juez de instancia, a efectos de que se revoque la misma y se concedan las pretensiones de la demanda. Lo anterior bajo el argumento de que el a quo profirió la decisión en este proceso sin considerar todos los elementos que la Honorable Corte Suprema de Justicia ha indicado que deben tenerse en cuenta al momento de proferir y de pronunciarse frente a este tipo de situaciones.

Afirmó que se dejó de lado la recomendación 198 de la OIT, que establece algunos elementos que se deben tener en cuenta al momento de verificar si se está o no frente a una real relación laboral regida por un contrato laboral. Además, afirmó que en el sub judice existió una supervisión del servicio y exclusividad laboral, señalando además que, conforme a los testimonios recogidos por el Despacho, el señor Gustavo Adolfo López Silva no podría en ningún momento prestar el servicio a ninguna otra empresa porque precisamente era exigido como tal su presencia al interior de compensar y la continuidad de trabajo.

Seguidamente aseguró que está claramente demostrado que el señor Gustavo Adolfo López Silva prestó el servicio de manera ininterrumpida desde enero de 2016 y hasta el 30 de junio de 2020, que sólo dejaba de prestar el servicio en el momento en que efectivamente los trabajadores vinculados mediante un contrato laboral salían a vacaciones, esto es en el mes de diciembre.

Adicional a ello, afirmó que se evidenció un cumplimiento de un horario, asegurando que todos los testigos indicaron que efectivamente ellos cumplían una jornada laboral semanal que iba siempre hasta las 42 hora. Aunado a lo anterior, afirma que tampoco se tuvo en cuenta que se tenía un lugar definido para prestar el servicio, pues siempre se prestaba el servicio en las instalaciones de la demandada y asimismo las herramientas y materiales eran otorgadas

siempre por el empleador. Más adelante también indica que se le hacía seguimiento al cumplimiento del horario, que tenía que pedir permiso para ausentarse y que el demandante no contaba con ningún tipo de autonomía financiera, administrativa o técnica.

Por lo tanto, concluye que están claramente demostrados todos los elementos que pueden llegar a concluir que efectivamente en el presente caso se está frente a una real relación laboral en aplicación del principio de la primacía de la realidad sobre las formas.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Con auto del 20 de agosto de 2024, se admitió el recurso de apelación y se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión; concurrieron ambas partes.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por el recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos a resolver consisten en: *i)* dilucidar si entre las partes existió un verdadero contrato de trabajo, como se solicita en la demanda, o si, por el contrario, como lo afirma la parte demandada, el contrato del demandante se enmarcó en los parámetros establecidos para los contratos de prestación de servicios por no configurarse ninguno de los elementos propios de los contratos de trabajo, particularmente la subordinación; *ii)* y si ello es así, si resulta procedente condenar a la demandada a pagar las acreencias laborales e indemnizaciones deprecadas en el líbello introductor.

Planteada de esta forma la controversia, para resolver el primer problema jurídico, debe considerarse la definición de contrato de trabajo señalada en el artículo 22 del CST y los 3 elementos esenciales que deben concurrir y que se encuentran dispuestos en el artículo 23 *ibidem*, a saber: *i)* la actividad personal del trabajador, *ii)* la continuada subordinación o dependencia del trabajador respecto del empleador y, *iii)* un salario como retribución del servicio. De surte que, en esta clase de controversias, cuando la parte demandante alega la existencia de un contrato de trabajo, y la demandada se opone o lo niega, deben sopesarse los elementos probatorios aportados por las partes con el fin de establecer a quien le asiste la razón.

De igual forma conviene recordar que la figura del contrato realidad emerge del artículo 53 de la Constitución Política como un principio fundamental del derecho laboral, y descende

al artículo 24 del CST como una presunción legal. Este artículo establece como presunción que toda relación de trabajo personal se entiende regida por un contrato de trabajo.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la discusión se centra en determinar el tipo de vínculo contractual que unió a las partes en contienda, sea lo primero decir que, tal y como lo ha adoctrinado la jurisprudencia del precedente vertical, entre otras, en sentencia SL 4143 del 25 de septiembre de 2019 dentro del radicado N°79216 con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, sobre las modalidades contractuales que aquí se debaten, enseñó:

(...) esta corporación ha indicado que el elemento diferenciador entre el contrato de trabajo y el de prestación de servicios es la subordinación jurídica del trabajador respecto del empleador, poder que se concreta en el acatamiento del primero a las órdenes o imposiciones del segundo y que se constituye en su elemento esencial y objetivo, conforme lo concibió el legislador colombiano en el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, al señalar que en el contrato de trabajo concurren la actividad personal de trabajador, el salario como retribución del servicio prestado y la continuada subordinación que faculta al empleador para “exigirle el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo, e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato”..

En este sentido, precisa la sala que el contrato de prestación de servicios puede adoptar diversas denominaciones, y se caracteriza por la independencia o autonomía que ostenta el contratista para ejecutar la labor convenida con el contratante, lo cual lo exime de recibir órdenes directas para el desarrollo de sus actividades. No obstante, este tipo de vinculación no está exento de una adecuada coordinación en la que se puedan fijar horarios, solicitar informes e incluso establecer medidas de supervisión o vigilancia sobre el cumplimiento de las obligaciones. Lo relevante es que dichas acciones no trasciendan su finalidad, de modo que no se conviertan en subordinación, característica propia del contrato de trabajo.

Por otro lado, es necesario señalar que, en los contratos de prestación de servicios, el contratista, por lo general, ejecuta sus actividades con sus propias herramientas, equipos o medios. Sin embargo, bajo determinadas y específicas circunstancias, es posible que dicha actividad autónoma e independiente se desarrolle en las instalaciones del contratante, utilizando elementos de su propiedad que resulten necesarios para la ejecución de la labor encomendada.

Desde esta perspectiva, la jurisprudencia del precedente vertical, en la misma sentencia previamente citada, indicó que: *"cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las*

particularidades fácticas del litigio para establecer o desvirtuar, según corresponda, los elementos configurativos de la subordinación" (negrillas fuera del texto original).

También es necesario tener en cuenta lo señalado en el artículo 24 del CST, que establece la presunción según la cual toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo; de allí, y con base en el artículo 167 del CGP aplicable en materia laboral por remisión expresa del artículo 145 del CPT y de la SS, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen.

De acuerdo con esta pauta, corresponde a quien alega la condición de trabajador demostrar únicamente la prestación personal del servicio y una vez demostrada, inmediatamente se invierte la carga de la prueba, pues le corresponde al demandado desvirtuar esa presunción legal que surge en cabeza del accionante. Es decir, en este punto, el accionado deberá demostrar que esa prestación personal del servicio se hizo de forma autónoma e independiente, o en virtud de un contrato de naturaleza distinta a uno laboral, sin que sea suficiente la simple alegación en tal sentido, sino acreditándolo con prueba firme y sólida.

Desde luego que al demandante no solo le corresponde demostrar la prestación personal de un servicio, sino los extremos temporales en que el mismo se desarrolló, pues obviamente las prestaciones y derechos que corresponden al trabajador implican la definición de los periodos en que los mismos se causaron para así establecer cuál es su cuantía. Esto es así pues incluso cuando se acreditan las circunstancias que dan lugar a la presunción del artículo 24 del CST, resulta imperativo demostrar los demás elementos de juicio que le permitan al operador de justicia proferir una condena favorable.

Así lo recordó la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia cuando precisó: *“Cosa distinta es que, para que se imparta condena en concreto, el promotor del proceso tenga unas cargas mínimas probatorias a efectos de obtener las consecuencias jurídicas que pretende. Aún con la activación de la presunción legal [refiriéndose al artículo 24 del CST], es relevante que se acrediten otros supuestos necesarios para la prosperidad del reclamo, como los hitos temporales de la relación, el salario, la jornada laboral y el tiempo suplementario laborado, así como los demás hechos que se enarbolan como causa de las pretensiones”* (subraya la Sala) (CSJ SL 500-2023).

Lo relativo al salario tampoco es insuperable, pues si se demuestra que laboraba la jornada máxima legal tiene derecho al reconocimiento de, por lo menos, el salario mínimo legal, si no logra demostrar uno diferente, o en caso de acreditar una jornada inferior a la máxima, el pago proporcional de dicho mínimo; pues la posibilidad de entender que el trabajador devengó al menos un salario mínimo ha sido desarrollada en eventos en que está acreditado el cumplimiento de una jornada ordinaria completa o máxima y la remuneración está asociada a esa unidad de tiempo.

En este contexto, como la discusión se centra en el alcance que debe darse a las pruebas del proceso, es pertinente tener en cuenta los parámetros señalados en el artículo 61 del CPTSS, que dispone que el juez no está sujeto a tarifa legal, y por tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes.

Descendiendo entonces de los anteriores criterios legales y jurisprudenciales al material probatorio obrante en el expediente, lo primero que precisa esta Colegiatura es que en el *sub judice* la encartada no niega la prestación personal del servicio por parte del promotor de este juicio ni tampoco la remuneración percibida como contraprestación del mismo. Pues así se desprende de la contestación del hecho primero de la demanda y del interrogatorio de parte absuelto por la representante legal de Compensar Paula Natalia Carreño Correa. De igual forma, se constata con las copias de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, obrantes en la carpeta «07.1AnexosContestacionDemandaCompensar» del expediente digital. Así como también se corrobora con la certificación del 24 de agosto de 2020 expedida por Raúl Castro Gaitán, Gerente Proceso Compras y Abastecimiento de Compensar, obrante a folio 102 del archivo 01, documento en el que la empresa empleadora certifica lo siguiente:

“(…)

Certificamos que el proveedor **GUSTAVO ADOLFO LOPEZ SILVA**, identificado con **cédula de ciudadanía N° 1.070.595.600**; prestó servicios profesionales, bajo las siguientes características:

FECHA	VALOR	SERVICIO
Desde enero 13 hasta junio 30 de 2020	\$50.000.000	Docente y/o acompañamiento pedagógico en la especialidad de: Música, según las necesidades del servicio que COMPENSAR designe. Contrato No. 2020-0067-SPC-8135-1. Estado del Contrato: Ejecutado y Liquidado.
Desde enero 08 hasta diciembre 22 de 2019	\$100.000.000	Docente y/o acompañamiento pedagógico en la especialidad de: Formación Musical, según las necesidades del servicio que COMPENSAR designe. Contrato No. 2019-0014-SPC-5058-6. Estado del Contrato: Ejecutado y Liquidado.
Desde enero 15 hasta diciembre 29 de 2018	\$38.000.000	Docente y/o acompañamiento pedagógico en la especialidad de: Formación Musical, según las necesidades del servicio que COMPENSAR designe. Contrato No. 1852-2017-6-M1. Estado del Contrato: Ejecutado y Liquidado.

<i>Desde julio 12 hasta diciembre 29 de 2017</i>	<i>\$15.000.000</i>	<i>Docente en los procesos educativos o de acompañamiento pedagógico que le designe COMPENSAR, en el marco de los convenios de asociación vigentes suscritos por el CONTRATANTE. Contrato No. CON-0312-2017. Estado del Contrato: Ejecutado y Liquidado.</i>
<i>Desde abril 17 hasta julio 11 de 2017</i>	<i>\$10.000.000</i>	<i>Asesor/facilitador para adelantar actividades relacionadas con la planeación, ejecución, seguimiento y evaluación de los cursos, talleres y actividades pedagógicas del programa: ESCUELA DE CAPACITACIÓN y los convenios que desarrolle el mismo. Contrato No. 2718-6427. Estado del Contrato: Ejecutado y Liquidado.</i>
<i>Desde enero 12 hasta abril 08 de 2017</i>	<i>\$10.000.000</i>	<i>Asesor/facilitador para adelantar actividades relacionadas con la planeación, ejecución, seguimiento y evaluación de los cursos, talleres y actividades pedagógicas del programa: ESCUELA DE CAPACITACIÓN y los convenios que desarrolle el mismo. Contrato No. 2718-5657. Estado del Contrato: Ejecutado y Liquidado.</i>
<i>Desde enero 23 hasta diciembre 22 de 2016</i>	<i>\$32.000.000</i>	<i>Asesor/facilitador para adelantar actividades relacionadas con la planeación, ejecución, seguimiento y evaluación de los cursos, talleres y actividades pedagógicas del programa: ESCUELA DE CAPACITACIÓN y los convenios que desarrolle el mismo. Contrato No. PNA 0697-2016-M03. Estado del Contrato: Ejecutado y Liquidado.</i>

(...)”

Analizada la anterior certificación, la Sala evidencia una discordancia respecto de lo indicado por la enjuiciada en su escrito de oposición frente a la duración del primer contrato de prestación de servicios No. 2016-0697. Puesto que la pasiva asegura que dicho contrato fue del 23 de enero de 2016 al 30 de abril de 2016. No obstante, para superar esta disparidad, basta con remitirse al acta de liquidación del referido contrato, fechada el 28 de diciembre de 2016, aportada por la encartada con el escrito de contestación de la demanda y visible en la carpeta «07.1AnexosContestacionDemandaCompensar», en la que con toda claridad consta que el señor Gustavo Adolfo López Silva prestó sus servicios bajo el contrato 0697-2016 del 23 de enero de 2016 al 22 de diciembre de 2016, y le fue pagado en total la suma de 32.219.514 pesos.

En este sentido queda plenamente acreditado que el promotor de este juicio prestó sus servicios para la enjuiciada por los siguientes periodos de tiempo:

Número contrato	Fecha inicio	Fecha terminación	Días de interrupción entre un contrato y otro
2016-0697	23/01/2016	22/12/2016	
2718-5657	12/01/2017	8/04/2017	19
2718-6427	17/04/2017	11/07/2017	8
2017-0312	12/07/2017	29/07/2017	0
2017-1852	15/01/2018	29/12/2018	<u>165</u>
2019-0014	8/01/2019	22/12/2019	8
2020-0067	13/01/2020	30/06/2020	20

En estas circunstancias, una vez acreditada la prestación personal del servicio por parte del trabajador, se activa en favor de este la presunción prevista en el artículo 24 del CST, y en consecuencia, se genera una inversión de la carga de la prueba para efectos de que el empleador derruya la misma.

Bajo estas condiciones, al descender a las pruebas practicadas en primera instancia, en primer lugar, encontramos la declaración de parte efectuada por la representante legal de la Caja de Compensación familiar Compensar, Paula Natalia Carreño Correa. En la misma, la deponente admite la existencia de los contratos de prestación de servicios suscritos entre las partes, indica que dada la naturaleza del contrato era remunerado con unos honorarios correspondientes al número de horas en las que prestaba clases el demandante, y asegura que para su pago debía presentar ante su supervisor el soporte de las horas en las que estuvo prestando el servicio.

Adicionalmente, la declarante indicó que no existía subordinación del contratista sino una supervisión, que en sus palabras era más una *“revisión de que en efecto se hubieran realizado las horas, la capacitación en temas de música”*

Respecto del horario, negó que la existencia del mismo, expresando de forma textual lo siguiente: *“Pues no tenía horario, (...) en razón a la modalidad contractual, (...) él no tenía que cumplir horario, es decir, como tenemos nosotros, nosotros en compensar, pues normalmente tenemos jornadas de 8 a 5 de la tarde, no tenía por qué cumplir horario, porque era un tema de prestación de servicio, lo que pasaba es que pues si se ofertaba un curso para las 10 de la mañana y él era el docente que estaba encargado de eso, pues tenía que presentarse a las 10 de la mañana, pero no es que tuviera que estar a las 8 de la mañana como estamos todos los colaboradores de compensar.”*

Además, indicó que los elementos para las prácticas como pueden ser las guitarras eran proporcionados directamente por Compensar a los usuarios que se inscribían en las clases, pero que al demandante no se le brindó ningún instrumento particular.

De otra parte, encontramos el testimonio de la señora Ana Beatriz Cárdenas Restrepo, Gerente de Educación de Compensar, vinculada a la caja de compensación desde septiembre de 2017. Esta testigo aseguró que el demandante no tenía un horario, sin embargo, expuso que existían unas «franja horaria» en las que se programaban los cursos, indicando:

“Más que unos horarios como nosotros tenemos cursos que ofrecemos a nuestros afiliados son en diferentes franjas horarias y corresponden a ciertas programaciones, hasta un horario como de 7 a tal hora, o de pues, como en unos horarios o franjas como lo puede uno tener en habitualmente es como las franjas en las que se programaban estos cursos, no necesariamente son todo el día porque un curso no dura todo el día máximo un curso dura dos horas”

Del dicho de esta testigo, es claro que el demandante debía ceñirse a las “franja horaria” establecidos para los cursos por parte de Compensar S.A. De igual forma, la testigo indica que el demandante podía aceptar la prestación del curso, sin embargo, más tarde expone que, si el actor ya tenía una programación que había aceptado ofrecer, tenía que “avisar con tiempo” que no iba a asistir o que no podían asumir ese curso que previamente había aceptado, justificándose en que Compensar tenía una responsabilidad con los usuarios y que no podía dejarse a las personas ahí esperando.

Las anteriores manifestaciones contrastan con lo expuesto por los testigos decretados en favor del accionante, quienes son conclusivos en indicar que una vez eran asignadas las clases, no era posible que el contratista las cancelara, exponiendo además que en estos casos, la contratante les exigía que coordinaran con otro profesor para que los cubriera.

Particularmente la testigo Raquel de Pilar Parra Domínguez, violinista profesional quien también fue contratista para Compensar desde 2016 hasta el 2019, refirió que durante el tiempo de su vinculación los contratistas tenían dos supervisores Diana Buitrago y Lady González, afirmando que “Eran los jefes, programaban los cursos, las clases, daban permisos o no daban permisos, hacían llamados de atención, daban las dotaciones para trabajar, deberíamos trabajar con uniforme, citaban a reuniones, todas las labores de un jefe normal”. También indicó que para ausentarse los contratistas debían pedir permiso, el cual se tramitaba pasando un formato con anticipación, aseverando textualmente: “Si uno iba a faltar, tocaba pedir permiso, pasar un formato con anticipación y conseguir nosotros mismos el reemplazo y ellos autorizaban o no autorizaban el permiso, pero no se podía pensar que un día no voy”

Adicionalmente, esta testigo expuso que los profesores de planta y los contratistas eran obligados a asistir a unas reuniones mensuales denominada reuniones de grupo primario, en las cuales se abordaban aspectos relacionados con la escuela. Adicionalmente, al contestar sobre si al demandante le hicieron algún tipo de auditoría, manifestó que todos estaban sujetos a auditoría y que se generaba por parte de Compensar atención y capacitación para esa auditoría, que les exigían un código de vestir y el carnet, afirmando *“Nos entregaban una carpeta y nos decían, estamos en dos semanas de auditoría, en cualquier momento pueden llegar a visitarlos. Por favor, su código de vestir, su carnet, estúdiense esto, les pueden preguntar esto.”*

Más adelante, expuso que se exigía un código de vestir, que el demandante usaba un chaleco, e indicó que en cualquier momento entraban a revisar de sorpresa como estaban vestidos.

En igual sentido, la testigo Ruth Jaqueline López Avellaneda, relató que el servicio se prestaba en distintas sedes de compensar, y para no asistir a una clase asignada era necesario llenar un formato, el cual debía ser pasado con tiempo de antelación. Precizando que en este caso el contratista debía comprometerse a buscar un reemplazo dentro de los compañeros para adquirir esos espacios a los que no podía asistir. Aunado a lo anterior, refirió que debían llegar 20 minutos antes de la clase para coordinar con el auxiliar logístico la preparación de los elementos y el salón donde se iba a prestar la clase.

En todo caso, ninguna prueba existe en el expediente, mediante la cual se pueda establecer que el demandante hubiese faltado al horario programado, ni mucho menos que hubiese buscado un reemplazo para sustituirlo en alguna de sus clases. Por el contrario, lo que aparece acreditado es que el accionante realizó el cubrimiento de un horario de clases asignado a la docente Luz Ena Rojas el 12 de marzo de 2020 (folio 94 archivo 01).

Esta testigo, también coincidió en que se les exigía un código de vestir, aseverando que había personal administrativo en cada sede que estaba pendiente de la apariencia, puntualmente, indicó que al demandante también se le exigía el código de vestir y que anteriormente se usaban chalecos y chaquetas.

Aunado a lo anterior, ambas testigos coincidieron en indicar que existía unas auditorías y que se efectuaron reuniones para coordinar la prestación de las clases. Esto ultimo también fue corroborado por el testigo Diego Rodolfo Guacaneme Amaya.

La declaración de los testigos antes referidos merece credibilidad, porque el dicho de cada uno fue claro, completo y responsivo, además indicaron que los hechos les constaban por ser compañeros de trabajo del demandante en el caso de las testigos Raquel de Pilar Parra Domínguez, Diego Rodolfo Guacaneme Amaya y Ruth Jaqueline López Avellaneda. También resulta concordante con lo dicho frente al horario por la testigo decretada en favor

de la demandada Ana Beatriz Cárdenas Restrepo, Gerente de Educación de Compensar, y más importante aún, con la documental obrante en el plenario.

Contrario sensu, en cuanto a la declaración del señor Andersson Amir Mejía Rojas, es de precisar que este testigo afirma que ingresó a laborar para Compensar desde el 1 de noviembre de 2022, esto es, dos (2) años cuatro (4) meses y (2) dos días después de que finalizó el vínculo contractual entre las partes. De modo que el deponente no estaba presente para el momento en que suscitaron los hechos, y en consecuencia, nada le consta personalmente sobre la forma en la cual se desarrolló la relación contractual entre las partes en litigio.

Conforme a lo antes referido, de las testimoniales rendidas, se observa que dichas declaraciones dan cuenta de los servicios personales prestados por el demandante, sin que el mismo contara con autonomía o independencia para dictar las clases. Pues si bien se indicó por parte de la representante legal de Compensar que los instrumentos musicales eran entregados a los usuarios, de las declaraciones de los testigos se logra establecer que los mismos eran entregados por el empleado de logística al profesor en el salón de clase asignado, siendo este el responsable de su guarda. Lo que no indica otra cosa que, efectivamente Compensar le suministraban los elementos de trabajo para el cumplimiento de las tareas a desarrollar en cada una de las clases, los cuales, en el dicho de la representante legal de la convocada a juicio, eran indispensables para que los usuarios aprendieran.

Aunado a lo anterior, si bien la testigo de la parte demandada, Ana Beatriz Cárdenas Restrepo, y la representante legal de Compensar, Paula Natalia Carreño Correa, manifestaron de forma unánime que los prestadores de servicios podían faltar a cualquier clase sin que ello acarreará sanción alguna, se advierte lo contrario de la prueba obrante en los folios 89 a 92 del archivo 01 del expediente digital. Allí reposa un acta de reunión del 20 de septiembre de 2019, titulada «Formato para establecer acuerdos con proveedores», en la que, al inicio, se señala que *“se le indica al proveedor el objetivo de la reunión, que es validar el detalle del incumplimiento”*. Más adelante, se consigna en dicho documento que *“el proveedor indica que no se presenta a la clase debido a que se encontraba en otro punto de la ciudad y que el desplazamiento no le iba a permitir llegar a tiempo a la clase. Indica que desde programación no se realiza confirmación por teléfono. Diana Larrotta se comunicó con el proveedor para solicitar apoyo en una carga, por cubrir la clase por una ocasión; para una ocasión futura se programó al profesor, asumiendo que ya había tenido este curso”*.

Lo anterior permite concluir, en primer lugar, que la asignación de turnos y horas de clase era realizada directamente por Compensar y, en segundo lugar, que sí existía un control sobre el cumplimiento del horario asignado por parte de dicha entidad, hasta el punto de convocar al ahora demandante a rendir explicaciones por su inasistencia. Estos hechos restan credibilidad a lo afirmado por la testigo decretada en favor de la accionada y la representante

legal de la demandada, en cuanto a la supuesta libertad de los prestadores de servicio para ausentarse sin consecuencia alguna.

De igual forma, encontramos un correo electrónico del 13 de marzo de 2020 (folio 96 archivo 01) en el cual se registra una «salida no conforme», relacionado como descripción del mensaje *“La docente titular del curso técnica vocal programado a las 09:00 am los días Jueves, el día 12-03-2020 se reporta con una novedad de salud, sobre la novedad se programa a un docente quien hará el respectivo reemplazo, pero por condiciones de tiempo llega 42 minutos tarde, los invitados generan la espera entendiendo la situación y se lleva a cabo la clase con normalidad sin el espacio de break que se acostumbra en común acuerdo con el grupo, finaliza el servicio sin más novedad.”*

También fue aportado la impresión de un correo del 17 de marzo de 2020 a las 10:34 am (folio 94 archivo 01) dirigido al señor Gustavo Adolfo López Silva, mediante el cual la señora Diana María Buitrago Durán de la Escuela de Capacitación de Compensar le solicita dar sus comentarios sobre lo sucedido. Así como también, en la misma foliatura se encuentra la respuesta al correo proporcionada por el ahora accionante a las 11:10 am, en la que se indica:

“Buen Día Diana!

El día jueves 12 de marzo, recibí una llamada de programación a eso de las 8:20 am, en la que impedían cubrir a la docente Luz Ena Rojas quién por motivos de salud no podía asistir a la clase T. Vocal, de las 9 am de ese mismo día en FNJ, a lo respondí que podía cubrirla, sin embargo, aclaré que no alcanzaba a llegar a las 9 am por temas de desplazamiento, que por bien que me fuera podía estar llegando pasadas las 9:30 am. Una de las posibles soluciones que di aún atendiendo la llamada era que dijeran a los usuarios que yo podía acompañarlos hasta las 12:30 pm, teniendo en cuenta que la clase finalizaba a las 12:00 m. Finalmente llegué a la sede a las 9:40 am, no se realizó el receso que el grupo venía realizando regularmente en las clases y se trabajó la sesión hasta las 12:30 pm.”

Lo anterior es una muestra clara del elemento de subordinación bajo el cual se desarrolló la relación contractual entre las partes.

Por otro lado, a folios 75 a 78 del archivo 01 del expediente digital, observamos el documento denominado «Anexo Técnico al Contrato 2019-0014-SPC-5058-6 Nombre Gustavo Adolfo López Silva». En dicho documental, se observa que, para dicho contrato, al demandante se le exigía la entrega de listados de asistencia, informes de novedades, informes de logros grupales, los cuales debían ser diligenciados en los formatos establecidos por Compensar, e incluso se da instrucciones precisas sobre como deben diligenciarse, consignando en el documento *“entrega de listados de asistencia en total completitud de impecables”*.

Adicionalmente en el referido documento, se constata que dentro de las obligaciones del demandante estaba la de *“asistir a las reuniones informativas, jornadas de cualificación, capacitaciones previstas para el desarrollo y seguimiento de las propuestas pedagógicas”* y *“asistir oportunamente a las reuniones informativas jornada de cualificación, capacitación en las fechas y horarios establecidos por el programa Escuela de capacitación COMPENSAR”*.

También en dicho documento se consignó la obligación del demandante de responder por el *“cuidado de los elementos que se le presten para el desarrollo de las clases”*, estableciendo que en caso de daño o pérdida su reposición esta a cargo del contratista. Lo cual respalda el dicho de los testigos del demandante de que el docente debía responder por los instrumentos que eran prestados a los estudiantes usuarios de compensar, y deja sin sustento lo referido por la representante legal de la enjuiciada sobre este aspecto.

De igual forma, en dicha documentación refulge palmaria la subordinación del demandante a la enjuiciada, cuando se establece, que el contratista debía seguir la estructura pedagógica definida por compensar, de acuerdo con lo establecido en las mallas curriculares y planeadores; *“cumplir con el cronograma de cursos enviado por recursos RED, con la llegada a tiempo, mínimo 30 minutos antes de la prestación del servicio”*; y *“tener disponibilidad de atención para poder cubrir la operación empresarial y de venta individual entre semana y fin de semana”*.

De lo anterior, se desprende que el demandante carecía de una autonomía para dictar las clases, pues se sometía a lo dispuesto para esto por Compensar en las mallas curriculares, que debía cumplir el horario establecido y enviado directamente por el empleador, y aún peor, que debía tener una disponibilidad para prestar sus servicios, lo cual hace indiscutible la existencia del elemento de subordinación.

Aunado a lo anterior, también se consignó en dicho documento como obligación contractual en el punto 10 *“se solicita a los proveedores un buen porte y utilización de los elementos entregados por Compensar (bata, carnet, chaleco)”*. De manera que, es claro que se le exigía al demandante el uso de elementos que lo identificaban como parte de la organización, corroborando lo dicho en los testimonios, lo cual es otro claro indicio de la subordinación del trabajador.

Bajo el anterior panorama, contrario a lo afirmado por el *a quo*, conforme a las pruebas documentales y testimoniales, de su correcta apreciación se encuentran signos suficientes e indicativos de subordinación o dependencia laboral.

En efecto, al sopesar las pruebas en conjunto, a la luz de lo preceptuado en los artículos 60 del CPT y de la SS y el 167 del CGP aplicable en materia laboral por remisión expresa del artículo 145 del CPT y de la SS, toma especial relevancia las documentales analizadas con

anterioridad, de cuyos textos se extraen elementos propios de una relación laboral subordinada, como la obligación de asistir a reuniones, capacitaciones, cumplir órdenes, dentro de ellas un horario de trabajo y la realización de tareas como el diligenciamiento de formatos de listas de asistencia y logros alcanzados por cada uno de los cursos.

Adicionalmente, la Sala advierte que las medidas de supervisión ejercidas por la parte demandada sobre la labor del actor traspasaron los límites de una simple coordinación contractual, convirtiéndose en manifestaciones claras de subordinación laboral. Se exigió al demandante el cumplimiento de un horario, disponibilidad permanente, la solicitud de permisos para ausentarse, el acatamiento de directrices específicas para el desarrollo de las clases, e incluso el uso de herramientas de trabajo suministradas directamente por la entidad contratante, como instrumentos musicales, lo cual evidencia una relación de tipo laboral.

Así las cosas, si bien es cierto, como lo argumenta la apoderada de la parte demandada, que, bajo ciertas y particulares circunstancias es posible que una actividad autónoma e independiente se desarrolle en las instalaciones del contratante, con elementos de su propiedad, necesarios para la ejecución de la labor encomendada; no es menos cierto que esta no es la regla general, y al analizar esta circunstancia en conjunto con lo acreditado a través de los demás medios de prueba, se puede llegar a la conclusión de que la demandada siempre actuó y ejerció los poderes propios de un empleador.

Así las cosas, lo precedente riñe con la autonomía, libertad o independencia que alude la demanda sobre la relación que existió con el demandante, y por lo tanto, se concluye que se tiene por acreditada la subordinación jurídico laboral, que la Corte ha entendido como la *“aptitud o facultad del empleador de dar órdenes o instrucciones al trabajador y de vigilar su cumplimiento en cualquier momento, durante la ejecución del contrato y la obligación permanente del asalariado de obedecerlas y acatarlas cumplidamente”*¹

Lo anterior, implica que en aplicación del artículo 24 del CST, se declare la existencia de un verdadero contrato de trabajo entre las partes contendientes, al concluir que, una vez demostrada la prestación personal del servicio, la accionada no logró desvirtuar la presunción establecida en el artículo 24 del CST. Por consiguiente, es menester revocar en su integralidad la sentencia proferida por el sentenciador de primera instancia.

En este punto, debe indicarse que la anterior decisión también guarda respaldo con el precedente horizontal de este Tribunal, quien al analizar un caso similar al que ahora se estudia, dentro del proceso 11001310500320170040501 adelantado por la señora Maribel Chiquiza Ochoa contra la Caja Colombiana de Subsidio Familiar Colsubsidio y la Corporación de Educación Tecnológica Colsubsidio Airbus Group-CeT, el Tribunal Superior

¹ Sala Laboral, Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 1 de julio de 1994, radicado N°6258; reiterada recientemente en la sentencia del 26 de octubre de 2016 dentro del radicado N°46704 con Ponencia del Magistrado Jorge Mauricio Burgos Ruiz.

de Bogotá Sala de decisión Laboral resolvió por confirmar la declaratoria de la existencia de un contrato realidad entre las partes y únicamente se modificó el numeral segundo de la sentencia de primera instancia.

De los extremos temporales

Expuesto lo anterior, procede esta Colegiatura a determinar los extremos de la relación laboral suscitada entre las partes, para lo cual es menester estudiar el argumento de la demandada, referente a que en los contratos ejecutados existió un lapso entre la terminación de uno y el inicio de otro, motivo por el cual señala que no es procedente reconocer que existió una única relación laboral ininterrumpida.

En este orden de ideas, es necesario remitirnos al precedente vertical relativo a la relación de continuidad de los contratos de trabajo, puntualmente la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL981-2019 con ponencia de la H.M. Clara Cecilia Dueñas Quevedo señaló:

*“En torno al desarrollo lineal y la unidad del contrato de trabajo, resulta pertinente recordar que cuando entre la celebración de uno y otro contrato median interrupciones breves, como **podrían ser aquellas inferiores a un mes**, estas deben ser consideradas como aparentes o meramente formales, sobre todo cuando en el expediente se advierte la intención real de las partes de dar continuidad al vínculo laboral, como aquí acontece. Así lo ha sostenido la Corte, entre otras, en sentencia CSJ SL4816-2015:*

*(...) esta Sala de la Corte ha expresado que las interrupciones que no sean amplias, relevantes o de gran envergadura, no desvirtúan la unidad contractual, ello ha sido bajo otros supuestos, en los que se ha estimado que «las interrupciones por 1, 2 o 3 días, e incluso la mayor de apenas 6 días, no conducen a inferir una solución de continuidad del contrato de trabajo real [...]» (CSJ SL, 15 feb. 2011, rad. 40273). Sin embargo, ese análisis no puede hacerse extensivo a este caso en donde lo que **está probado es que la relación tuvo rupturas por interregnos superiores a un mes**, que, lejos de ser aparentes o formales se aduce, son reales, en tanto que ponen en evidencia que durante esos periodos no hubo una prestación del servicio; sin que, además, exista prueba eficiente de la intención de la demandada desde o con el demandante en esos periodos.”* Negrillas fuera del texto original.

Conforme a lo expuesto, es claro que el criterio pacífico de la Corte Suprema ha sido que las interrupciones inferiores a un mes deben tenerse como aparentes, y que, por el contrario, aquellas que sean superiores a un mes se presumen como verdaderas interrupciones que ponen en evidencia que no hubo prestación del servicio.

Por consiguiente, teniendo en cuenta lo indicado al inicio del análisis sobre la duración de los contratos, y la mentada certificación del 24 de agosto de 2020 expedida por Raúl Castro Gaitán, Gerente Proceso Compras y Abastecimiento de Compensar, obrante a folio 102 del archivo 01; habrá que declararse que entre el accionante y la empresa accionada existieron dos contratos laborales a término indefinido que se dieron en los siguientes periodos: el primero del 23 de enero de 2016 al 29 de julio de 2017; y el segundo, del 15 de enero de 2018 al 30 de junio de 2020.

Salario a tener en cuenta:

Claro lo anterior, debido a que ambas partes coinciden en que el salario era variable, para afectos de determinar el salario efectivamente percibido, la Sala tendrá en cuentas los valores pagados al demandante certificados en los formatos de cierre y liquidación que se encuentran dentro de las sub-carpetas de la carpeta «07.1AnexosContestacionDemandaCompensar» del expediente digital, así:

1. *Para el año 2018 obrante en la subcarpeta «Contrato 2017-1852» que establece que, se pagó en total al actor la suma de \$36.674.562*
2. *Para el año 2019 obrante en la subcarpeta «Contrato 2019-0014» que establece que, se pagó en total al actor la suma de \$42.550.200.*
3. *Para el año 2020 obrante en la subcarpeta «Contrato 2020-0067», que establece que se pagó en total al actor la suma de 6.324.198 pesos m/cte.*

En virtud de lo anterior, se tiene que el salario mensual promedio percibido por el demandante para el año 2018 corresponde a la suma de \$3.255.139 pesos; para el año 2019 a la suma de \$3.700.000 pesos, y para el año 2020 la suma de \$1.129.321 pesos.

Respecto al año 2020, es de precisar que, si bien, tanto el demandante en su declaración de parte, como la testigo Ruth Jaqueline López Avellaneda, indican que la empresa utilizó la figura de suspensión del contrato hasta la fecha de finalización del mismo, sin precisar ninguno de los dos desde que fecha exacta la empresa tomó tal determinación, observa esta colegiatura que en el dossier no obra un acta de suspensión del contrato 2020-00067, de manera que habrá de darse aplicación a lo dispuesto en el artículo 140 del CST.

Excepción De Prescripción

Bajo este panorama, y teniendo en cuenta que la demandada propuso la excepción de prescripción, procede la Sala a estudiar la misma.

Para tal propósito, ora mencionar que la prescripción de los derechos reclamados debe contabilizarse desde que cada uno de ellos se hizo exigible, precisándose que las cesantías se

hacen exigibles a partir de la terminación del vínculo laboral y para las vacaciones su exigibilidad se presenta un 1 año después de su causación.

En ese sentido, debe tenerse en cuenta que la primera relación laboral finalizó el 29 de julio de 2017 y la segunda el 30 de junio de 2020, y la demanda fue presentada el 02 de agosto de 2022, de conformidad con el acta individual de reparto con secuencia 12837 (archivo 02 expediente digital). Sin que obre en el expediente prueba alguna que demuestre la interrupción de la prescripción con anterioridad a esta fecha.

En consecuencia, es posible concluir en primer lugar, que todas las acreencias laborales surgidas con oportunidad a la primera relación laboral se encuentran prescritas; y en segundo lugar, que las prestaciones que se hayan causado en virtud del segundo contrato con anterioridad al **02 de agosto de 2019** también se encuentran afectadas por el fenómeno de la prescripción, inclusive los intereses a las cesantías del año 2018.

En lo que respecta a la prescripción de las cesantías, teniendo en cuenta que existieron dos contratos de trabajo, las mismas se hicieron exigibles a la finalización de cada una de los contratos, y a partir de ahí se contaría el término trienal, estando vigentes únicamente las correspondientes a la última relación laboral declarada que va del 15 de enero de 2018 al 30 de junio de 2020.

Conforme a lo expuesto se declarará probada parcialmente la excepción de Prescripción.

De igual forma, ora mencionar que, si bien los aportes al Sistema General de Seguridad Social son imprescriptibles, en el sub lite el accionante no solicita el pago de estos al fondo de pensiones, sino la devolución de lo que en virtud de la ejecución del contrato el accionante pagó directamente a la AFP. Sobre estos, esta Colegiatura observa que no se acredita con las planillas de pago correspondientes cuales fueron los montos pagados por el actor, de suerte que, al no encontrarse plenamente acreditados y determinados, este órgano colegiado se abstendrá de fulminar condena por este concepto.

Teniendo en cuenta lo anterior, una vez efectuados los cálculos correspondientes se ordenará a la demandada Caja de Compensación Familiar Compensar en favor del demandante, pagar las siguientes sumas de dinero:

- a) Por concepto de cesantías la suma de \$ 7.393.211 pesos
- b) Por concepto de intereses a las cesantías la suma de \$477.880 pesos
- c) Por concepto de primas de servicios la suma de \$ 2.414.661 pesos
- d) Por concepto de vacaciones la suma de \$ 1.080.697

Indemnización artículo 65 del CST

Por otro lado, en cuanto a la condena impuesta por concepto de indemnización moratoria del artículo 65 del CST, se debe indicar que la norma consagra que, si a la terminación del contrato de trabajo el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos, debe pagar la sanción moratoria que allí se establece.

Adicionalmente, la jurisprudencia ha incorporado otros elementos para configurar su procedencia, pues se ha expresado de vieja data que su aplicación no es automática ni inexorable, ya que su imposición depende de una conducta patronal ausente de buena fe. Para tal efecto, la jurisprudencia del órgano vértice de nuestra jurisdicción ha reiterado esta interpretación, entre otras, en la sentencia SL906 del 22 de febrero de 2021 dentro radicado N°81802 con ponencia del Magistrado Santander Rafael Brito Cuadrado en la cual precisó:

*“Con ese propósito, debe decirse que como bien lo tuvo en cuenta el Tribunal, esta Corte, en desarrollo de su función de interpretar las normas del trabajo y crear jurisprudencia, ha sostenido que **la sanción moratoria del artículo 65 del CST no es automática, por lo cual, el juez debe constatar si el demandado omitió suministrar elementos de persuasión que acrediten una conducta provista de buena fe...**”*

En este orden, encentra este cuerpo colegiado, que en el sub lite no existe ninguna justificación par desconocer al demandante el pago de las prestaciones sociales, pues bien ha señalado el órgano vértice de la jurisdicción ordinaria laboral que la sola presencia de contratos de prestación de servicios no es suficiente para tener por probada la buena fe del empleador. Sobre este asunto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 799 del 17 de abril de 2024 con ponencia del Magistrado Donald José Dix Ponnefz, señaló lo siguiente:

“No es suficiente la sola afirmación de haber actuado de buena fe con base en la suscripción de contratos de prestación de servicios, y considerar que se trataba de una relación distinta a contrato de trabajo desde el ingreso del trabajador el 1 de junio de 1981 hasta el 14 de noviembre de 2012, desarrollando actividades de manera subordinada, no sujetas al cumplimiento de una jornada máxima laboral, como se colige de las cláusulas primera y segunda del compromiso contractual de folios 21 a 23 y que su gestión estuvo orientada a ejecutar las decisiones de la Asamblea General de Delegados y de la Junta Directiva, entre otras contempladas en los estatutos CORVEICA, con el desarrollo y cumplimiento de iguales funciones a las asignadas desde el inicio de la relación de trabajo, a pesar del cambio de modalidad de su contrato de trabajo por uno de prestación de servicios, como se dijo.

En línea con lo dicho, es procedente la condena por la indemnización moratoria deprecada, en la medida en que no le basta al empleador para liberarse de esta sanción, argüir que adoptó una conducta asistida de buena fe al suscribir contratos

de prestación de servicios en consideración a que se trataba de una relación distinta a la laboral, pues quedó acreditada con las pruebas analizadas, su intención de defraudar los intereses del trabajador, al disfrazar una verdadera relación de trabajo, con el cambio de contratación y modalidades distintas a la de trabajo, con el fin de evadir el pago de derechos laborales a la fecha de extinción del vínculo”

Más adelante, la misma Corte indica:

“En apoyo de lo expuesto, cabe traer a colación, lo asentado por esta Corporación, en sentencia CSJ SL2980-2023:

Ahora bien, con tal claridad resulta pertinente reiterar que es el empleador quien debe asumir la carga de probar que obró sin intención fraudulenta, como lo precisó esta Sala en las sentencias CSJ SL199-2021, SL4278-2022, SL4311-2022 y SL2886-2022, reiterada en sentencia SL 1886 de 2023 entre otras.

Es así como que la absolución de estas indemnizaciones, tanto la moratoria prevista en el artículo 65 del CST como la que contempla en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, no dependen de la simple afirmación de actuar de buena fe, o alegar la celebración de un convenio de prestación de servicios, sino que deviene del examen probatorio, del análisis de los elementos de prueba que permitan establecer que se actuó efectivamente de buena fe. (CSJ SL3288-2021 y SL4278-2022).

Y es que en efecto este tipo de indemnizaciones sólo es procedente cuando quiera que el juez advierta que el empleador no aporta razones aceptables, serias y atendibles de su conducta, a partir del análisis conjunto de las pruebas y circunstancias que rodearon el marco de la relación de trabajo. Se insiste en que la carga de demostrar que no existe intención fraudulenta es del empleador CSJ SL3288-2021 y SL4278-2022.

Es así como ya se ha dicho [...] que adoptar una forma contractual distinta del contrato de trabajo no constituye una razón suficiente que permia exonerar del pago de este tipo de indemnizaciones”.

No obstante lo anterior, no puede perder de vista este Tribunal que, como la terminación del vínculo se dio el 30 de junio de 2020, estando en vigencia del artículo 29 de la Ley 789 de 2002 y la demanda se presentó después de los 24 meses posteriores a la finalización de la relación laboral, esto es el 02 de agosto de 2022, según se desprende del Acta de Reparto con Secuencia 12837 (archivo 02 expediente digital), solo resultaría procedente reconocer los intereses moratorios sobre las sumas adeudadas por salarios y prestaciones sociales.

Así lo ha establecido la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia al fijar la interpretación correcta de la referida norma. Criterio que fue definido desde la sentencia del 6 de mayo de 2010, dentro del radicado N°36577, ratificada entre otras en la sentencia SL1005 del 17 de marzo del 2021 de la Sala Fija y en la reciente sentencia SL1650-2023 de la Sala de Descongestión No. 4 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia. En esta última providencia se hizo un recorrido histórico del criterio jurisprudencial definido por la Corte indicando lo siguiente:

“(…) corresponde a la Corte actuar en sede de instancia, radica en el alcance que debe darse al artículo 65 del C.S. del T., ante la demora del demandante, de más de 24 meses para acudir ante la justicia, contabilizados desde el momento en que el contrato de trabajo llegó a su fin.

Queda establecido al actuarse en sede casacional, que ante el anterior presupuesto, el trabajador perdía la posibilidad de recibir a título de sanción, un día de salario por cada día de retardo y exclusivamente quedaba abierto el derecho a percibir intereses de mora.

Si se observa nuevamente la norma, el legislador dispuso una consecuencia en disfavor del trabajador que se tarda en reclamar judicialmente, al permitirle acceder a intereses «a partir de la iniciación del mes veinticinco (25) hasta cuando el pago se verifique».

Aun cuando el precepto da cuenta de esta situación, no se puede pasar por alto que la corporación le ha dado diferente alcance, bajo una interpretación sistemática, por lo que con el ánimo de preservar el principio de transparencia, es necesario destacar este recorrido.

Inicialmente este asunto fue abordado en sentencia CSJ SL, 6 may. 2010, rad. 36577, donde se dijo:

Cuando no se haya entablado demanda ante los estrados judiciales, dentro de los veinticuatro (24) meses siguientes al fenecimiento del contrato de trabajo, el trabajador no tendrá derecho a la indemnización moratoria equivalente a un (1) día de salario por cada día de mora en la solución de los salarios y prestaciones sociales, dentro de ese lapso, sino a los intereses moratorios, a partir de la terminación del contrato de trabajo, a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificada por la Superintendencia Financiera.

De tal suerte que la presentación oportuna (entiéndase dentro de los veinticuatro meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo) de la reclamación judicial da al trabajador el derecho a acceder a la indemnización moratoria de un día de salario por cada día de mora hasta por veinticuatro (24) meses, calculados desde la ruptura del nudo de trabajo; y, a partir de la iniciación del mes veinticinco (25), contado desde esa misma ocasión, hace radicar en su cabeza el derecho a los intereses moratorios, en los términos precisados por el legislador.

Pero la reclamación inoportuna (fuera del término ya señalado) comporta para el trabajador la pérdida del derecho a la indemnización moratoria. Sólo le asiste el derecho a los intereses moratorios, contabilizados desde la fecha de la extinción de vínculo jurídico.

Esta providencia fue reiterada en otros pronunciamientos, como son las decisiones CSJ SL, 25 jul. 2012, rad. 46385; CSJ SL685-2013; CSJ SL1560-2014; CSJ SL10632-2014; CSJ SL16280-2014; CSJ SL3274-2018; CSJ SL3936-2018; CSJ SL2140-2019; CSJ SL5581-2019; CSJ SL2805-2020; y CSJ SL1005-2021.

Particularmente la explicación de este criterio, se verte en la providencia CSJ SL10632-2014, donde se puntualiza:

De acuerdo con el citado precedente, el no presentar la demanda dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo no conlleva que se deba absolver enseguida de la indemnización moratoria al empleador deudor, como parece entenderlo la demandada al definir el alcance de la impugnación extraordinaria; tampoco se ha de admitir la interpretación literal de que, a falta de presentación de la demanda oportunamente, el empleador deje de estar en mora, sin más ni más, pese a persistir en el incumplimiento del pago de sus obligaciones, y que, entonces, en dicho interregno no deba pagar sino el capital y que solo hasta el mes 25 comience a pagar los intereses indicados por el legislador, como se podría desprender de una lectura aislada de la norma.

Frente a la redacción de la norma en comento, la cual no es muy afortunada, no queda otra que acudir a una interpretación sistemática dentro de todo el ordenamiento jurídico, para evitar arribar a la conclusión absurda de que, si el trabajador no ha iniciado reclamación por la vía ordinaria dentro de los 24 meses siguientes a la terminación del contrato, el empleador tenga licencia para no satisfacer los créditos por salarios y prestaciones sociales vencidos a la ruptura de la relación, como se podría entender en principio.

Pues de aceptarse tal inteligencia de la norma que ocupa la atención de la Sala, implicaría desconocer la debida protección de los derechos adquiridos, al igual que la especial garantía que ha de gozar la remuneración del trabajador y el principio de la irrenunciabilidad de los derechos mínimos, por mandato del artículo 53 superior.

Lo acabado de decir fue lo que llevó a esta Sala, en virtud del principio de favorabilidad, a considerar, en el precitado precedente, Sentencia No. 36577 del 6 mayo de 2010, que, ante la no presentación de la demanda dentro de los 24 meses siguientes a la culminación del vínculo laboral, el empleador ya no pagaría un día de salario por cada día de mora, sino que, desde el primer día del incumplimiento, deberá reconocer los intereses moratorios a la tasa máxima de los créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Bancaria, sobre los salarios y prestaciones sociales adeudados, hasta cuando salde la respectiva deuda en su totalidad.

Bajo estos antecedentes, se estima que la doctrina probable de la corporación, está del lado de la posición que predica la aplicabilidad de los intereses de mora desde el momento en que finaliza el contrato de trabajo.

Así las cosas, corresponde imponer condena a los intereses de mora liquidados a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera, a partir del 12 de diciembre de 2016, sobre el capital adeudado por concepto de prestaciones sociales.”

Con arreglo al anterior criterio jurisprudencial, al haber reclamado inoportunamente sus acreencias laborales, la parte actora perdió el derecho a la indemnización moratoria de un día

de salario por cada día de retraso, por lo que solamente le asiste derecho a los intereses moratorios sobre los créditos sociales insatisfechos.

Recargo Dominical:

Siguiendo con el análisis, pasa la Sala a abordar el problema jurídico relacionado con el pago de los dominicales laborados.

Al respecto, la jurisprudencia ha señalado ampliamente que la carga de demostración del trabajo en domingos y festivos, así como el trabajo suplementario o de horas extras, corresponde al trabajador; y que su prueba tiene que ser de tal precisión y exactitud que pueda extraerse con contundencia la cantidad de días de descanso obligatorio laborados o las horas extras trabajadas, sin que para ello sea permitido hacer deducciones, aproximaciones o cálculos indeterminados.

En tal sentido, la Corte Suprema de Justicia en sentencia de fecha 15 de julio de 2008, radicación 31637, señaló: *“Se impone recordar, como de vetusta lo ha enseñado esta Corporación, que para que el juez produzca condena por horas extras, dominicales o festivos las comprobaciones sobre el trabajo más allá de la jornada ordinaria han de analizarse de tal manera que en el ánimo del juzgador no dejen duda alguna acerca de su ocurrencia, es decir, que el haz probatorio sobre el que recae tiene que ser de una definitiva claridad y precisión que no le es dable al juzgador hacer cálculos o suposiciones acomodaticias para determinar el número probable de las que estimen trabajadas”* (criterio que ha sido reiterado entre otras, en sentencias CSJ SL7578-2015, SL6738-2016, SL15014-2017, SL5707-2018, SL1573-2019, SL1058-2020, SL1994-2020 y SL4930-2020, SL4054-2022, SL868-2023, y SL983-2023).

De igual modo, en sentencia CSJ SL6738-2016, reiterada en la sentencias CSJ SL1994-2020 y SL4930-2020, sostuvo dicha Corporación que *“Acerca de la prueba del trabajo en días de descanso obligatorio, la línea jurisprudencial decantada por esta Sala de la Corte ha sido reiterada y unívoca en el sentido de exigir que cuando del reconocimiento de trabajo suplementario y labor en días de descanso obligatorio se trata, el requisito de mérito de tal pretensión consiste no sólo en demostrar que efectivamente así sucedió, sino además, y también con el carácter de preponderante, el número de horas adicionales a la jornada máxima legal en las que se prestó el servicio. Tal requerimiento es apenas lógico que gravite sobre el trabajador, pues es a él a quien le interesa probar esos supuestos fácticos, para que, a su vez, pueda el juez fijar el monto de la condena”*.

Bajo estas condiciones, al tenor de lo previsto en el artículo 167 del CGP, aplicable en materia laboral por remisión expresa del artículo 145 del CGP, le incumbe a quien reclama el trabajo suplementario o de horas extras, así como el dominical y festivo demostrar la ocurrencia de dicha labor, pues no hay ninguna norma legal que obligue a presumir su ocurrencia por la

sola naturaleza del oficio desempeñado, ni que invierta la carga de la prueba asignándosela al empleador.

De modo que, al observar las pruebas obrantes en el plenario, únicamente se encuentra un documento denominado “relación de horas laboradas” (folios 103 a 105 archivo 01). No obstante, el mismo no cuenta con una rubrica, membrete, firma o sello de radicación que permita establecer que en efecto dicha relación corresponda a las horas efectivamente laboradas por el demandante, y que estas correspondan a aquellas por las cuales Compensar efectuó los pagos al trabajador. De suerte que este medio de prueba no resulta concluyente para determinar el trabajo dominical que se reclama en el escrito génesis, razón por la cual, esta Corporación se abstendrá de fulminar condena por este concepto

Del despido sin justa causa:

Superado lo anterior, la Sala abordará lo atinente al despido sin justa causa, para tal efecto debe mencionarse en primer lugar que independientemente de las pretensiones que con los mismos se persigan, debe observarse el principio universal de la carga de la prueba (artículo 167 del CGP); esto quiere decir que quien afirma una cosa es quien está obligado a demostrarla o probarla, forzando a quien pretende o demanda un derecho, acreditar los hechos en que se fundamente el mismo. De igual forma, hay un desplazamiento de la carga de la prueba a la parte contraria, cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado.

Dicha prueba, sobre el derecho reclamado, debe ser de tal precisión y conducencia, que inequívocamente lleve al juzgador al convencimiento de proferir condena en favor de quien lo demanda, sin que la simple manifestación del interesado, realizada en el escrito de la demanda, o en el interrogatorio de parte, sea suficiente para tener por demostrados los supuestos fácticos de las normas que consagran el efecto jurídico que se persigue. Esto es así, pues darle un alcance probatorio distinto a las simples aserciones o afirmaciones de una de las partes involucradas en la controversia, constituye un completo desconocimiento del principio general del derecho probatorio conforme al cual la parte no puede crearse o fabricar a su favor su propia prueba; de allí que, lo afirmado por la parte, en lo que le favorece, requiere, en principio, y por el ejercicio mismo del derecho de contradicción de la contraparte, comprobarse con otros medios de convicción.

Tampoco puede perderse de vista que la jurisprudencia del precedente vertical ha sido enfática en señalar que, en los eventos en los que el trabajador afirma haber sido despedido sin justa causa, le corresponde demostrar el hecho del despido, mientras que al empleador le corresponde acreditar la configuración de la causa del mismo.

Sobre este aspecto, ha sido amplio el precedente vertical, entre otras, en la sentencia SL 2443 del 31 de mayo de 2021, radicado N°71909, con ponencia de la Magistrada Cecilia Margarita Durán Ujueta, en la que se destaca lo siguiente:

“En torno a la indemnización por despido injusto deprecada, debe recordarse que de antaño esta Sala (CSJ SL, 22 de abril de 1993, rad. 5272, reiterada en CSJ SL417-2021) ha enseñado que tratándose de dicho concepto, el trabajador solo tiene que comprobar el hecho del despido y el patrono las razones o motivos por él señalados.”

De esta forma, si es el trabajador quien manifiesta haber sido despedido sin justa causa, únicamente deberá probar el hecho del despido. Una vez probado este, la carga de la prueba se invierte y será entonces la demandada quien deberá demostrar la justa causa del despido.

Siguiendo este derrotero, fue aportada por la demandada en la subcarpeta Contrato2020-0067, una misiva de la caja de compensación empleadora enviada por correo electrónico el 06 de julio de 2022, con referencia Acta de liquidación contrato 2020-0067-SPC8135-1, en la que se solicita al actor la aceptación del acta de liquidación previamente enviada a su correo, indicando: *“queremos notificarle que al correo registrado en nuestras bases de datos fue enviada el Acta de liquidación del Contrato número 2020-0067-SPC8135-1, ejecutado entre usted y Compensar, sin embargo, a la fecha no hemos recibido su aceptación sobre el mismo. Este formato tiene como propósito formalizar la terminación del contrato, declarando a paz y salvo las obligaciones asumidas por las dos partes en el respectivo contrato”*. Pese a lo anterior, no existe en el plenario la copia de la misiva previamente enviada, no obstante, es claro que la determinación de finalizar la relación contractual surgió de la voluntad de la empleadora, aduciendo la terminación del plazo pactado.

De igual forma, al ser interrogada la representante legal de la Caja, sobre si sabía el motivo por el cual se terminó el contrato, aseguró desconocer la causa, afirmando:

“(…)

-¿sabe por qué motivo se terminó esa relación laboral o ese contrato?

-No, no tengo, pues se finalizó y no fue nuevamente suscrito, nuevamente suscrito el contrato, no tengo soporte, algún motivo en especial, no.”

Con lo anterior, queda acreditado el hecho del despido por parte de la convocada a juicio, no existiendo una justa causa para tal, pues, dado a que se intentó encubrir una relación laboral a través de sendos contratos de prestación de servicios, es claro que estamos ante un contrato a término indefinido, y no podemos entender como lo indica la enjuiciada al contestar le hecho 20, que el mismo finalizó por la expiración del plazo pactado entre las partes.

Teniendo en cuenta lo anterior, se condenará a la demandada al pago la indemnización por despido sin justa causa de la que trata el artículo 64 del CST, la cual se fija en la suma de

\$1.806.914 pesos. Lo anterior, teniendo en cuenta el último salario, correspondiente al salario promedio percibido por el demandante para el 2020.

Indemnización por no consignación de las cesantías

El actor también solicita que se condene a las demandadas al pago de la indemnización de que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, por no haber dado cumplimiento al mandato legal de consignar las cesantías de cada año; y lo cierto es que al revisar el expediente no se encuentra prueba que indique que el trabajador estuvo afiliado a un fondo de cesantías, mucho menos que las mismas le hayan sido consignadas o pagadas durante el periodo comprendido entre el 15 de enero de 2018 al 30 de junio de 2020. Sobre esta indemnización, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 11 de julio de 2000 con radicado 13467 y reiterada por la sentencia del 1 de agosto del 2012, con radicado N° 37048 y ponencia del Magistrado Luis Gabriel Miranda Buelvas señaló:

*“La indemnización moratoria consagrada en el numeral tercero del artículo 99 de la Ley 50 de **1990 tiene origen en el incumplimiento de la obligación que tiene el empleador de consignar a favor del trabajador en un fondo autorizado el auxilio de cesantía, luego se trata de una disposición de naturaleza eminentemente sancionadora, como tal, su imposición está condicionada, como ocurre en la hipótesis del artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo, al examen o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que quieron la conducta del patrono...**”*

Con esto, queda claro que la aplicación de esta indemnización no es automática y resulta necesario analizar la conducta del empleador, a fin de verificar si su omisión es justificada y en tal evento exonerarlo de su pago. En el presente caso no existe justificación válida que permita absolver a la demandada del pago de la indemnización por la no consignación de las cesantías, pues no se invocó ninguna justificación ni se aportó prueba alguna que las exculpara de la consignación y pago de las cesantías, por el contrario, lo que se demostró es que se quiso disfrazar una relación laboral a través de sendos contratos de naturaleza comercial.

En ese orden de ideas, al revisar el inciso 3 del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la obligación de pagar esa indemnización nace o se causa el 15 de febrero de cada año y corre hasta el año siguiente, cuando nace una nueva y así sucesivamente. De igual manera, al finalizar el contrato, el empleador debe entregar directamente al trabajador las cesantías no consignadas. Por tanto, si al finalizar la relación laboral no se entregan al trabajador las cesantías adeudadas, procede desde ese momento la indemnización moratoria prevista en el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo (CST), pero no la sanción consagrada en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990. De tal suerte se tiene que:

1. Por las cesantías del año 2018, teniendo en cuenta la fecha de presentación de la demanda con la cual se interrumpió el término de prescripción (02 de agosto de 2022), la indemnización corre del 02 de agosto de 2019 al 14 de febrero de 2020. Y para afectos de su liquidación se tendrá en cuenta el salario promedio devengado para el año 2018.
2. Por las cesantías del año 2019 la indemnización corre del 15 de febrero de 2020 al 30 de junio de 2020 fecha en la que finalizó el contrato. Y para afectos de su liquidación se tendrá en cuenta el salario promedio devengado para el año 2019.
3. Por las cesantías del año 2020, no hay lugar a la indemnización deprecada, por cuando el empleador estaba obligado a cancelarlas directamente al trabajador a la finalización del contrato.

En consecuencia, una vez efectuados los cálculos correspondientes, se condenará a la encartada pagar por concepto de indemnización de la que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 la suma de \$37.714.727 pesos.

De la indemnización del numeral 3 del artículo 1 de la Ley 52 de 1975

Por último, la Sala estudiará la pretensión del actor tendiente la condena de la sanción por no pagar directamente al trabajador los intereses a las cesantías. Frente a esta, se tiene que el numeral 3 del artículo 1 de la Ley 52 de 1975 establece que “3°. *Si el patrono no pagare al trabajador los intereses aquí establecidos, salvo los casos de retención autorizados por la Ley o convenidos por las partes, deberá cancelar al asalariado a título de indemnización y por una sola vez un valor adicional igual al de los intereses causados.*”

De suerte que, dado a que no existe justificación alguna para el no pago de los intereses a las cesantías, se condenará a la demandada a pagar en favor del accionante por concepto de la sanción antes referida la suma \$477.880 pesos.

Así quedan resuelto el recurso de apelación interpuestos por el apoderado del demandante.

COSTAS

Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia como quiera que el recurso interpuesto prosperó, las de primera instancia estarán a cargo de la parte demandada.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: Revocar la sentencia proferida por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de Bogotá el 13 de junio de 2024, conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Declarar que entre el demandante Gustavo Adolfo López Silva y la demandada Caja de Compensación Familiar COMPENSAR existieron dos contratos laborales a término indefinido; el primero del 23 de enero de 2016 al 29 de julio de 2017; y el segundo, del 15 de enero de 2018 al 30 de junio de 2020.

TERCERO: Declarar parcialmente probada la **excepción de prescripción**, en los términos expuestos en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO: Condenar a la demandada Caja de Compensación Familiar COMPENSAR en favor del demandante Gustavo Adolfo López Silva, al pago de las siguientes sumas y por los siguientes conceptos:

- a) Por concepto de cesantías la suma de \$ 7.393.211 pesos.
- b) Por concepto de intereses a las cesantías la suma de \$477.880 pesos.
- c) Por concepto de primas de servicio la suma de \$ 2.414.661 pesos.
- d) Por concepto de vacaciones la suma de \$ 1.080.697 pesos.
- e) Por concepto de indemnización por despido sin justa causa de la que trata el artículo 64 del CST la suma de \$1.806.914 pesos.
- f) Por concepto de indemnización moratoria de la que trata el artículo 99 de la Ley 50 de 1990 la suma de \$37.714.727 pesos.
- g) Por concepto de sanción del numeral 3 del artículo 1 de la Ley 52 de 1975 la suma \$477.880 pesos.

Todo conforme a la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Condenar a la demandada Caja de Compensación Familiar COMPENSAR en favor del demandante Gustavo Adolfo López Silva, al pago de los intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera sobre las prestaciones sociales aquí condenadas hasta que se efectuó su pago. De conformidad con la parte considerativa de esta providencia

SEXTO: Absolver a la enjuiciada Caja de Compensación Familiar COMPENSAR de las demás pretensiones incoadas en su contra.

SÉPTIMO: Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia como quiera que el recurso prosperó, las de primera instancia estarán a cargo de la parte demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



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

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR: CAMILO ANDRÉS CASTIBLANCO PACHECO contra GRUPO COMERCIAL V Y V B.P.O. S.A.S. Y TELMEX COLOMBIA S.A HOY COMCEL S.A. Radicado No. 11001-31-05-017-2017-00430-02.

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticinco (2025), se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del demandante, contra la sentencia del 17 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente sentencia:

SENTENCIA

El actor, a través de su apoderada judicial, interpuso una demanda ordinaria laboral contra los demandados previamente mencionados, solicitando que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido celebrado entre el demandante CAMILO ANDRÉS CASTIBLANCO PACHECO y la demandada GRUPO COMERCIAL V Y V B.P.O. S.A.S. que inició el 30 de junio de 2016 y que finalizó el 05 de agosto de 2016 por el despido del trabajador sin justa causa. De igual forma, solicita que se declare que la empresa TELMEX COLOMBIA S.A. (hoy COMCEL S.A) es solidariamente responsable de todas las obligaciones laborales pendientes de cancelar por la empresa de GRUPO COMERCIAL V Y V BPO, al ser la beneficiaria del servicio prestado por el demandante.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a las demandadas a pagar al demandante los valores correspondientes a cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, el salario dejado de percibir del 1 al 5 de agosto de 2016, auxilio de transporte, los aportes al subsistema de seguridad social en pensiones, la indemnización

moratoria del artículo 65 del CST, la indemnización por no consignación de las cesantías del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, la indemnización por despido sin justa causa de la que trata el artículo 64 del CST, la indexación de las sumas objeto de condena, las costas y agencias en derecho y la condena ultra y extra petita.

Para sustentar sus pretensiones, la apoderada del demandante alega que entre el promotor de este juicio CAMILO ANDRÉS CASTIBLANCO PACHECO y la demandada GRUPO COMERCIAL V Y V B.P.O. S.A.S. se celebró un contrato de trabajo a término indefinido, para desempeñarse como «asesor de cobranzas de clientes de Claro Hogar», cuya actividad consistía en realizar los cobros de cartera morosa por *call center* a los usuarios de CLARO HOGAR.

Expone que dejó de prestar sus servicios desde el 5 de agosto de 2016 ya que fue despedido injustificadamente, que percibía un salario de 720.000 pesos, que el horario de trabajo era de lunes a viernes de siete de la mañana (7:00 am) a cinco de la tarde (5:00 pm) y los sábados de ocho de la mañana (8:00 am) a una de la tarde (1:00 pm).

Seguidamente, afirma que la empresa GRUPO COMERCIAL V Y V BPO no le ha pagado al demandante los conceptos correspondientes a cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios, vacaciones, el salario dejado de percibir del 1 al 5 de agosto de 2016, auxilio de transporte, los aportes al sistema de seguridad social en pensiones, salud y riesgos laborales, ni tampoco fue afiliado a un fondo de cesantías.

Actuación procesal

Previo subsanación de las falencias indicadas por el Despacho, el juzgado de conocimiento admitió la demanda mediante auto del 05 de septiembre de 2017. Luego mediante auto del 02 de abril del 2019 se ordenó el emplazamiento de ambas demandadas.

El 26 de abril de 2019, la demandada TELMEX COLOMBIA S.A. contestó la demanda en los términos del archivo 14 del expediente digital. Y mediante providencia del 25 de junio de 2016, el juzgado designó curadora ad litem de la encartada GRUPO COMERCIAL V Y V B.P.O. S.A.S, quien contestó la demanda en su calidad de curadora en los términos del archivo 18 del expediente digital.

Posteriormente, el juzgado de conocimiento tuvo por contestada la demanda mediante auto del 17 de febrero de 2020, contra este la apoderada del demandante interpuso recurso de reposición, el cual fue desatado mediante providencia del 10 de marzo de 2020, resolviendo no revocar el auto proferido, requiriendo a la demandante para que proceda a la publicación de edicto emplazatorio y fijando nueva fecha de audiencia.

Luego se llevaron a cabo las audiencias de las que tratan los artículos 77 y 80 del CPTSS, y fue remitido en una primera oportunidad el expediente a este Tribunal para resolver el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de primera instancia.

Sentencia de primera instancia

El Juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 17 de noviembre de 2021 resolvió lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA DE OFICIO la excepción de falta de legitimación en la causa por pasiva en relación a TELMEX COLOMBIA S.A., hoy COMCEL S.A., y DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: DECLARAR que entre el señor CAMILO ANDRÉS CASTIBLANCO PACHECO identificado con la C.C. 1.015.418.757, como trabajador y la sociedad GRUPO COMERCIAL V Y V B.P.O. S.A.S., como empleadora, existió una relación laboral, regida por un contrato de trabajo a término indefinido entre el 30 de junio y el 5 de agosto de 2016.

TERCERO: CONDENAR a la demandada GRUPO COMERCIAL V Y V B.P.O. S.A.S., a pagar al demandante señor CASTIBLANCO PACHECO los siguientes valores y por los conceptos que a continuación se indican: a) \$120.000, por salarios insolutos; b) \$116.550, por auxilio de transporte; c) \$72.000, por auxilio de cesantía; d) \$864, más una suma igual a título de intereses de cesantía y su sanción; e) \$72.000, por primas de servicios; f) \$36.000, por compensación en dinero de vacaciones; g) pago de aportes a pensión causados entre el 30 de junio y el 5 de agosto de 2016, sobre un ingreso base de cotización de \$720.000 M/Cte., con destino a la entidad de seguridad social a la que se encuentre afiliado el demandante, advirtiéndose que se requerirá para que dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de ejecutoria de esta sentencia, informe la entidad destinataria de ese pago; h) la suma de \$17'180.000 por sanción moratoria entre el 6 de agosto de 2016 y el mismo día y mes de 2018, e intereses moratorios a partir del 7 de agosto de 2018, sobre los valores correspondientes a salario, auxilio de cesantía y primas de servicios, y hasta cuando sean cubiertas en su totalidad; j) por la indexación de la condena del literal f). CUARTO: ABSOLVER al GRUPO COMERCIAL V Y V B.P.O. S.A.S., de las demás pretensiones incoadas en su contra, según lo analizado.

QUINTO: ABSOLVER a TELMEX COLOMBIA S.A. HOY COMCEL S.A., de todas las pretensiones incoadas en su contra, según las razones analizadas.

SEXTO: DECLARAR NO PRÓSPERAS las tachas de sospecha propuestas a los testigos Yuri Fernanda Suárez Ropero y Deivid Jiménez Delgado, según las razones antes señaladas.

SÉPTIMO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada GRUPO COMERCIAL V Y V B.P.O. S.A.S., a favor del demandante. En firme esta sentencia, por Secretaría practíquese la liquidación incluyendo agencias en derecho a su cargo por valor de \$1'700.000 M/Cte.

OCTAVO: SE CONDENA al demandante a pagar costas a favor de TELMEX COLOMBIA S.A., y se fijan como agencias en derecho la suma de \$150.000 M/Cte., según lo analizado en precedencia.

En lo que respecta a la resolución del presente caso, el juez de primera instancia concluyó que se acreditó la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre el demandante, CAMILO ANDRÉS CASTIBLANCO PACHECO, y la demandada, GRUPO COMERCIAL V Y V B.P.O. S.A.S., conforme a la documentación obrante en el plenario, cuyo vínculo laboral se extendió desde el 30 de junio hasta el 5 de agosto de 2016.

No obstante, respecto de la solidaridad deprecada en el escrito introductorio, el juez consideró que esta no resultaba procedente. Para sustentar dicha conclusión, citó el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, indicando que el beneficiario de la obra es solidariamente responsable, salvo que se trate de labores extrañas a las actividades normales de la empresa.

Seguidamente, mencionó las sentencias 33082 del 2 de junio de 2009 y 35864 del 1 de marzo de 2010, señalando que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha precisado que, para establecer los supuestos de solidaridad en materia laboral, no debe observarse exclusivamente el objeto social del contratista, sino también verificar si la obra ejecutada o el servicio prestado al beneficiario o dueño de la obra no constituyen labores extrañas a las actividades normales de la empresa o negocio de este.

Continuó afirmando que la fuente de la solidaridad es la ley, y que no debe perderse de vista que el vínculo laboral únicamente se predica entre la persona proveedora y el operario. Añadió que deben considerarse las características de la actividad desarrollada por el trabajador, con el fin de establecer si estas son propias del giro ordinario del negocio del beneficiario de la obra o del servicio prestado.

Posteriormente, expuso que la Corte Suprema de Justicia ha reiterado de manera constante que la solidaridad laboral entre el contratista o subcontratista y quien se beneficie de su labor se configura cuando dicha actividad satisface una necesidad propia del beneficiario y, además, cuando constituye una función directamente vinculada con la explotación ordinaria del objeto social de este.

Acto seguido, el juez analizó los objetos sociales de las sociedades demandadas. Señaló que GRUPO COMERCIAL V Y V B.P.O. S.A.S. tiene por objeto mercantil la prestación de servicios a todo tipo de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, públicas o privadas, incluyendo asistencia y asesoría legal y jurídica, así como actividades de cobro de cartera, contact center y call center. A su vez, indicó que Telmex Colombia, hoy Comcel

S.A., tiene como objeto comercial la prestación de servicios de telecomunicaciones dentro y fuera del territorio nacional, así como todo tipo de servicios relacionados con las tecnologías de la información y las comunicaciones.

En virtud de lo anterior, concluyó que las actividades desplegadas por ambas entidades no son conexas entre sí. Asimismo, afirmó que no es posible establecer que las actividades desarrolladas por el trabajador se hayan realizado a favor de Telmex Colombia S.A., y, por tanto, no se puede concluir que dicha sociedad haya sido beneficiaria de los servicios ejecutados por el demandante, ya que no obra en el expediente ningún medio de prueba que evidencie un nexo de causalidad.

Más adelante, el juez manifestó que entre las partes demandadas no se acreditó la existencia del vínculo comercial alegado en la demanda. Al respecto, hizo referencia a la certificación emitida por el Director Corporativo de Telmex Colombia, en la que se afirma que no existió vínculo comercial alguno entre las sociedades convocadas al proceso. También indicó que, según el certificado de existencia y representación legal de Telmex Colombia, dicha sociedad tiene registrados 35 establecimientos de comercio, pero ninguno ubicado en el barrio La Castellana, lugar donde sí se encuentra la oficina del GRUPO COMERCIAL V Y V B.P.O. S.A.S.

En cuanto a los testimonios recaudados, expresó que subsiste la duda respecto a la determinación del verdadero empleador, ya que los declarantes hicieron constantes referencias a una sociedad denominada Villarraga y Vergara Contact Center B.P.O. S.A.S.

Más adelante, sostuvo que no existe prueba de que el demandante hubiese sido despedido, razón por la cual no procede la indemnización moratoria de la que trata el artículo 65 del Código Sustantivo del Trabajo. En relación con la indemnización prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, explicó que, dado que el contrato finalizó el 5 de agosto de 2016, para ese momento aún no se había generado la obligación de la empleadora de consignar o poner a disposición del fondo administrador el importe correspondiente a la cesantía, motivo por el cual se abstuvo de imponer condena por dicho concepto.

Recurso de Apelación

La apoderada del actor interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, señalando que el objeto social de Telmex Colombia es el servicio de telecomunicaciones, esto es internet y teléfono, y el demandante realizaba el cobro de esos paquetes de telecomunicaciones. Indica que dicho cobro debía hacerlo directamente Telmex pero que lo tercerizaban, y concluye que, en el presente asunto se encuentran reunidos los requisitos del artículo 34 del CST, pues la actividad desempeñada era conexas al objeto social de la demandada Telmex Colombia, siendo del giro ordinario de sus negocios.

Puso en duda la certificación aportada por el director de compras de la demandada, e indicó que en otro proceso también negaron la relación comercial.

Aseguró que el juez no valoró la respuesta dada por la representante legal cuando se le preguntó directamente respecto a quien desarrollaba el cobro de cartera durante el periodo en que trabajó el demandante, en el que la deponente dijo claramente que era V y V B.P.O., pero obvió la palabra grupo comercial.

Por último, expuso que debieron tenerse en cuenta los testimonios que indicaron que la se hacía el cobro de la cartera de Telmex, que había un supervisor que iba cada dos meses a supervisar el trabajo, y que dicho supervisor portaba un carnet de la empresa Claro. Que tampoco se tuvo en cuenta que los testigos aseveraron que usaban un aplicativo denominado «RR», a la cual debían acceder con un usuario y contraseña.

Actuación del Tribunal

Mediante auto del 30 de noviembre de 2022 con ponencia del H.M Luis Carlos González Velásquez se resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA NULIDAD de las providencias proferidas por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito en las audiencias de los artículos 77 y 80 del CPTSS de fecha 15 de febrero de 2021, aclarando que las pruebas practicadas conservarán su validez y eficacia respecto de quienes tuvieron oportunidad de controvertirlas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO.- ORDENAR al A-quo que proceda a efectuar en legal forma el emplazamiento de la demandada GRUPO COMERCIAL V & V BPO S.A.S, según lo razonado en precedencia.”

Luego, el juez de conocimiento profirió auto de obedézcse y cúmplase del 13 de junio de 2024, procediendo con la inclusión en el expediente digital de la constancia del emplazamiento efectuado cargado a la página web del registro nacional de emplazados el 22 de septiembre de 2021 (archivo 30 expediente digital), e indicó:

“Así entonces, sería del caso proceder a dar cumplimiento a lo ordenado y rehacer las actuaciones en los términos dispuestos por el Superior; sin embargo, al revisar la providencia se constata que el fundamento de la nulidad decretada consistió, en esencia, en que “No obra en el expediente providencia en la que el juzgado dispusiera el emplazamiento en la forma indicada en el artículo 10 del Decreto 806 de 2020”, así mismo se indicó que, “Revisado el Registro Nacional de emplazados no figura el emplazamiento de la demandada GRUPO COMERCIAL V Y V BPO S.A.S.”.

En razón de lo anterior y por corresponder a razones que este juez de primer grado debe acoger en su integridad, al momento de ir a rehacer las actuaciones, se encontró que la anotación del emplazamiento a la sociedad demandada se registró en el sistema el 22 de septiembre de 2021 bajo la anotación “SE HACE REGISTRO DEL EMPLAZAMIENTO EN TYBA” sin que en su momento, por error involuntario de la persona que preparó el expediente para remitirlo, se hubiese incluido el registro del emplazamiento en TYBA., actuación que puede verse en el archivo No. 30 del expediente digital.

Atendiendo lo anterior, el Despacho dispondrá devolver el expediente a la Sala de Decisión a la que se asignó el expediente, a efecto de que constate esa actuación y si es del caso, continuar conociendo del recurso para el cual fue remitido.”

Una vez recibido nuevamente el expediente en el Tribunal y se profirió auto del 20 de agosto de 2024, mediante el cual se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado para que presentaran los alegatos de conclusión.

Cabe mencionar que la admisión del recurso tuvo lugar, en razón a que se constató que la sentencia se profirió el 17 de noviembre de 2021, calenda para la cual ya se había surtido el emplazamiento para declarar por haber transcurrido más de 15 días desde su publicación. Con lo cual se atendió por parte del juzgado lo preceptuado en el artículo 29 del CPTSS, cuya literalidad indica que no dictará sentencia mientras no se haya cumplido con el emplazamiento.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, esta Sala de decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la parte recurrente al interponer y sustentar el recurso ante el Juez de primera instancia, ya que el fallo que se profiera debe estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos a estos.

Así las cosas, se tiene que el problema jurídico consiste en dilucidar si en el presente caso erró el juez de primera instancia al no declarar solidariamente responsable a la empresa demandada TELMEX COLOMBIA S.A. (hoy COMCEL S.A.).

Para tal efecto, recordemos que el artículo 34 del CST dispuso que “*el beneficiario del trabajo o dueño de la obra, a menos que se trate de labores extrañas a las actividades normales de su empresa o negocio, será solidariamente responsable con el contratista por el valor de los salarios y de las prestaciones e indemnizaciones a que tengan derecho los trabajadores, solidaridad que no obsta para que el beneficiario estipule con el contratista las garantías del caso o para que repita contra él lo pagado a esos trabajadores*”.

De suerte que, para establecer si hay lugar a la solidaridad deprecada por el demandante, se vuelve necesario recordar lo manifestado por la jurisprudencia del órgano vértice de la jurisdicción ordinaria laboral, dentro de la sentencia SL14692-2017 en la cual señaló:

“...la solidaridad se presenta cuando la actividad ejecutada por el contratista independiente cubre una necesidad propia del beneficiario y, además, cuando constituye una función directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto social, que por lo mismo desarrolla éste.

Igualmente se exhibe importante recordar que para su determinación puede tenerse en cuenta no sólo el objeto social del contratista y del beneficiario de la obra, sino también las características de la actividad específica desarrollada por el trabajador”.

Más recientemente en la sentencia SL887-2025 la Corte indicó:

(...) para que surja la responsabilidad solidaria de quien contrata y frente a las obligaciones laborales a cargo del contratista, se requiere ser beneficiario de la labor contratada o ser dueño de la obra, y que el objeto social o la actividad ejecutada por la contratista a favor de la contratante no se trate de labores extrañas a las actividades normales de esta última, esto es, que sean afines. Con tal institución se busca garantizar la protección de los trabajadores en lo que respecta al reconocimiento y pago efectivo de las acreencias laborales, producto de la contratación que efectúe el beneficiario o dueño de la obra con un contratista independiente para la realización o prestación de una obra o servicio determinado (CSJ SL, 14 sep. 2000, rad. 14038).

En decisión CSJ SL, 20 mar. 2013, rad. 40541, se indicó que «la solidaridad se presenta cuando la actividad ejecutada por el contratista independiente cubre una necesidad propia del beneficiario y, además, cuando constituye una función directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico y que éste debe desarrollar». En tales condiciones, lo que determina la existencia de la aludida solidaridad, es «que exista relación, conexidad o complementariedad entre las actividades propias y ordinarias del empresario beneficiario del servicio y las ejecutadas por el contratista y sus trabajadores» (CSJ SL4100-2019).

Siguiendo el anterior derrotero legal y jurisprudencial, tal y como lo indicó el *a quo*, se vuelve necesario analizar el objeto social de cada una de las sociedades demandadas y las funciones realizadas por el demandante en virtud del contrato de trabajo por el cual se vinculó.

De este modo, a folios 6 a 28 del archivo 13 del expediente digital, se observa el certificado de existencia y representación legal de la sociedad TELMEX COLOMBIA S.A., donde puede constatarse que su objeto social consiste en el siguiente:

“OBJETO SOCIAL: 1. EL DESARROLLO DE ACTIVIDADES Y PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES DENTRO O FUERA DE COLOMBIA, ASÍ COMO PRESTAR TODA CLASE DE SERVICIOS RELACIONADOS CON LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN DE TAS COMUNICACIONES, CON VARIOS TECNOLOGÍAS, ACTUALMENTE EXISTENTES O QUE PUEDEN LLEGAR A EXISTIR EN EL FUTURO, INCLUYENDO LA PRESTACIÓN DE CUALQUIER CLASE DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES EN LAS DIFERENTES MODALIDADES DE GESTIÓN QUE PERMITE LA LEGISLACIÓN COLOMBIANA EN CUALQUIER ORDEN TERRITORIAL, INCLUYENDO PERO SIN LIMITARSE A SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES DE VALOR AGREGADO, TELEMÁTICOS, TELESERVICIOS, DE DIFUSIÓN Y DE PORTADOR A PERSONAS NATURALES O JURIDICAS DE DERECHO PÚBLICO O PRIVADO Y QUE SE ENCUENTREN AUTORIZADOS POR LA LEYES DE COLOMBIA Y LA CONTRATACIÓN, CONCESIÓN, OPERACIÓN, DISTRIBUCIÓN, ASESORÍA Y ASISTENCIA TÉCNICA DEL SERVICIO DE TELEVISIÓN ABIERTA O CERRADA, POR SUSCRIPCIÓN, RADIODIFUNDIDA, CABLEADA Y SATELITAL, Y DE SEÑALES INCIDENTALES Y CODIFICADAS QUE INTERVINE DENTRO DEL ESPECTRO ELECTROMAGNÉTICO Y SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES, CONCURRENTES CON EL SERVICIO DE TELEVISIÓN POR CABLE: IGUALMENTE, EL SERVICIO DE TELEFONÍA BÁSICA PÚBLICA CONMUTADA PARA LA TRANSMISIÓN DE CUALQUIER TIPO DE RED CON ACCESO GENERALIZADO AL PÚBLICO A NIVEL NACIONAL, DEPARTAMENTAL Y MUNICIPAL, YA SEA DIRECTAMENTE O EN ASOCIO CON TERCEROS O MEDIANTE CONTRATOS DE RIESGO COMPARTIDO O EN CONSORCIO O UNIONES TEMPORALES. 2. CONSTRUIR, EXPLOTAR, USAR, INSTALAR, AMPLIAR, ENSANCHAR, EXPANDIR, RENOVAR, MODIFICAR O REVENDER REDES Y SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES Y SUS DIFERENTES ELEMENTOS PARA USO PRIVADO O PÚBLICO NACIONALES O INTERNACIONALES. 3. DISEÑAR, INSTALAR, PONER EN FUNCIONAMIENTO Y COMERCIALIZAR TODA CLASE DE EQUIPOS Y SISTEMAS ELÉCTRICOS Y ELECTRONICOS. 4. VENDER TODA CLASE DE BIENES MUEBLES, DE CONTADO O A PLAZOS Y ACTUAR COMO INTERMEDIARIO EN LA VENTA DE BIENES Y SERVICIOS. 5. PRESTAR SERVICIOS DE SOPORTE ADMINISTRATIVO, FINANCIERO, TECNOLÓGICO Y DE ADMINISTRACIÓN DE RECURSO HUMANO. 6. ENSAMBLAR, DISEÑAR, INSTALAR, PONER EN FUNCIONAMIENTO Y DISTRIBUIR, COMPRAR, VENDER Y COMERCIALIZAR TODA CLASE DE EQUIPOS, PRODUCTOS, ELEMENTOS Y SISTEMAS RELACIONADOS CON LAS TELECOMUNICACIONES, ELECTRICIDAD ELECTRÓNICA, INFORMÁTICA Y AFINES. 7. PRESTAR SERVICIOS DE ASESORÍA TÉCNICA, MANTENIMIENTO DE EQUIPOS Y REDES Y CONSULTORÍA EN LOS RAMOS DE ELECTRICIDAD, ELECTRONICA, INFORMÁTICA, TELCOMUNICACIONES Y AFINES. 8. TRANSMITIR O PRESTAR SERVICIOS DE TRANSMISIÓN DIGITALIZADA O ANALÓGICA DE INFORMACIÓN DE CUALQUIER NATURALEZA INCLUIDA PERO SIN LIMITARSE A LA DE IMÁGENES Y TEXTOS PARA TODA CLASE DE APLICACIONES TALES COMO VIDEOCONFERENCIAS, CORREO ELECTRÓNICO, ACCESO BASES DE DATOS, FINANCIERAS Y TELEBANCA. 9. EMITIR Y RECIBIR SIGNAS, SEÑALES, ESCRITOS, IMÁGENES, SONIDOS O INFORMACIÓN DE CUALQUIER NATURALEZA PARA LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TELECOMUNICACIONES, PREVIAS LAS AUTORIZACIONES Y CONCESIONES DE LEY 10. PROYECTAR, INSTALAR Y EQUIPAR UNA RED DE TELECOMUNICACIONES DE CUBRIMIENTO NACIONAL (SIC) MEDIANTE EL EMPLEO DE ELEMENTOS PROPIOS O DE CONEXIONES A REDES NACIONALES Y EXTRANJERAS CON TODO SUS COMPONENTES, CON SUJECCIÓN A LAS LICENCIAS Y PERMISOS OBTENIDOS DEL MINISTERIO DE COMUNICACIONES O DE LAS AUTORIDADES PERTINENTES CUANDO A ELLO HUBIERE LUGAR. 11. UTILIZAR EL ESPECTRO RADIOELÉCTRICO, S RAMPAS ASCENDIENTES Y DESCENDENTES DE LOS SEGMENTOS SATELITALES CUYOS SERVICIOS SE ENCUENTREN DEBIDAMENTE COORDINADOS PARA EL RESPECTIVO PALI YOS DEMÁS ELEMENTOS DE DICHOS SEGMENTOS, TODO CON ARREGLO A LAS NORMAS VIGENTES SOBRE ESTA MATERIA, ASÍ COMO PRESTAR EL SERVICIO DE PROVISIÓN DE SEGMENTO ESPACIAL A TERCEROS. 12 LA EDICIÓN DE LIBROS, REVISTAS, FOLLETOS O COLECCIONABLES SERIADAS O PUBLICACIONES EN BASE DE PAPEL O PUBLICADOS EN MEDIOS ELECTROMAGNÉTICOS DE CARÁCTER CIENTÍFICO O CULTURAL, ASÍ COMO LA DISTRIBUCIÓN, VENTA, IMPORTACIÓN Y/O COMERCIALIZACIÓN DE LOS MISMOS. 13. ELABORACIÓN DISEÑO DE TODO TIPO DE PUBLICACIÓN ESCRITA DE CARÁCTER CULTURAL Y CIENTÍFICO, TALES COMO LIBROS, REVISAS FOLLETOS O COLECCIONABLES SERIADOS O PUBLICACIONES EN BASE DE PAPEL O PUBLICADOS EN MEDIOS ELECTROMAGNÉTICOS DE CARÁCTER CIENTÍFICO O CULTURAL. 14. DIAGRAMACIÓN, ENCUADERNACIÓN Y PUBLICACIÓN DE TODO TIPO DE PUBLICACIÓN ESCRITA DE CARÁCTER CULTURAL Y CIENTÍFICO, TALES COMO LIBROS, REVISTAS, FOLLETOS O COLECCIONABLES SERIADOS O PUBLICACIONES EN BASE DE PAPEL O PUBLICADAS EN MEDIOS ELECTROMAGNÉTICOS DE CARÁCTER CIENTÍFICO O CULTURAL. 15. IMPORTACIÓN VENTA Y DISTRIBUCIÓN DE TODO TIPO DE PUBLICACIÓN ESCRITA DE CARÁCTER CULTURAL Y CIENTÍFICA, TALES COMO LIBROS, REVISTAS FOLLETOS O COLECCIONABLES SERIADOS. 16. SOLICITAR, TRAMITAR, DESISTIR Y RENUNCIAR ANTE EL MINISTERIO DE CULTURA, MINISTERIO DE EDUCACIÓN O ANTE LAS DEMÁS ENTIDADES CORRESPONDIENTES, LAS RESPECTIVAS LICENCIAS, TRÁMITES Y AUTORIZACIONES PARA LA EJECUCIÓN DE SU OBJETO SOCIAL. 17. LLEVAR A COBO TODAS

LAS DEMÁS ACTIVIDADES VINCULADAS CON LA PUBLICACIÓN, VENTA Y/O DISTRIBUCIÓN DE LOS PRODUCTOS QUE ELABORE. 18. PRESTAR SERVICIO DE ASESORÍA EN MATERIAS AFINES CON SU OBJETO SOCIAL Y EN MATERIA FINANCIERA, ADMINISTRATIVA, LEGAL, OPERATIVA EN DESARROLLO DE SU OBJETO LA SOCIEDAD PODRÁ EJECUTAR TODAS LAS ACTIVIDADES Y ACTOS NECESARIOS PARA SU LOGRO Y DESARROLLO, TALES COMO: A) ENSAMBLAR, DISEÑAR, INSTALAR, PONER EN FUNCIONAMIENTO Y DISTRIBUIR, COMPRAR, VENDER Y COMERCIALIZAR TODA CLASE DE EQUIPOS, PRODUCTOS, ELEMENTOS Y SISTEMAS RELACIONADOS CON LAS TELECOMUNICACIONES, ELECTRICIDAD ELECTRÓNICA INFORMÁTICA Y AFINES; B) PROMOVER Y FUNDAR ESTABLECIMIENTOS ALMACENES, DEPÓSITOS O AGENCIAS EN COLOMBIA O EN EL EXTERIOR; ADQUIRIR A CUALQUIER TÍTULO TODA CLASE DE BIENES MUEBLES O INMUEBLES, ARRENDARLOS, ENAJENARLOS O GRAVARLOS, D) OBTENER Y EXPLOTAR CONCESIONES, PRIVILEGIOS, MARCAS, NOMBRES COMERCIALES, PATENTES. INVENCIÓNES O CUALQUIER OTRO BIEN INCORPORAL, SIEMPRE QUE SEAN AFINES AL OBJETO PRINCIPAL EFECTUAR TODA CLASE DE OPERACIONES DE CRÉDITO ACTIVO O PASIVO, GIRAR, ACEPTAR, ENDOSAR, RECIBIR, COBRAR, DESCONTAR, ADQUIRIR, PIGNORAR Y PAGAR TODA CLASE DE INSTRUMENTOS NEGOCIABLES; F) CELEBRAR TODA CLASE DE ACTOS O CONTRATOS QUE SE RELACIONEN CON EL OBJETO SOCIAL PRINCIPAL Y PARTICIPAR EN LICITACIONES Y CONCURSOS PÚBLICOS Y PRIVADOS O CONTRATACIONES DIRECTAS; G) CELEBRAR TODA CLASE DE OPERACIONES FINANCIERAS, SIN QUE ELLO IMPLIQUE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA; H) IMPORTAR, EXPORTAR, REALIZAR OPERACIONES DE COMERCIO NACIONAL E INTERNACIONAL, ASÍ COMO REPRESENTAR, AGENCIAR, Y DISTRIBUIR TODA CLASE DE BIENES Y SERVICIOS, RELACIONADOS CON EL OBJETO SOCIAL PRINCIPAL; I) INVERTIR LOS EXCEDENTES DE TESORERÍA EN VALORES QUE SEAN FÁCILMENTE REALIZABLES; J) COMPRAR O CONSTITUIR SOCIEDADES DE CUALQUIER NATURALEZA, INCORPORARSE EN SOCIEDADES CONSTITUIDAS Y/O FUSIONARSE CON ELLAS, SIEMPRE QUE DICHAS SOCIEDADES TENGAN OBJETIVOS EQUIVALENTES, SIMILARES COMPLEMENTARIOS AL OBJETO SOCIAL DE LA SOCIEDAD: A) REGISTRAR MARCAS, NOMBRES COMERCIALES Y DEMOS DERECHOS DE PROPIEDAD INTELECTUAL O INDUSTRIAL EN COLOMBIA Y/O EN OTROS PAÍSES, USARLAS AJO LICENCIAS DE TERCEROS; L) TRANSIGIR, CONCILIAR, DESISTIR Y APELAR LAS DECISIONES DE POS ÁRBITROS, DE AMIGABLE COMPONEDORES, O CUALQUIER DECISIÓN JUDICIAL O ADMINISTRATIVA; M) EN GENERAL CELEBRAR Y EJECUTAR TODOS LOS ACTOS O CONTRATOS CIVILES, MERCANTILES O DE CUALQUIER NATURALEZA QUE RESULTEN CONVENIENTES AL INTERÉS SOCIAL, SEA EN SU PROPIO NOMBRE, O POR CUENTA DE TERCEROS, O EN PARTICIPACIÓN CON ELLOS, Y SIEMPRE Y CUANDO TENGAN RELACIÓN DIRECTA CON EL OBJETO PRINCIPAL ANTES ENUNCIADO; N) COMPRAR Y VENDER ACCIONES O DERECHOS SOCIALES, ASÍ COMO BIENES MUEBLES E INMUEBLES SIEMPRE QUE SE HAGA CON EL ÚNICO PROPOSITO DE PRESERVAR Y PROTEGER EL PATRIMONIO SOCIAL. O) CELEBRAR OPERACIONES DE MUTUO CON SOCIEDAD VINCULADA ESTO ES CONTROLADAS POR LA SOCIEDAD O POR LAS MISMAS SOCIEDADES QUE CONTROLAN ESTA ÚLTIMA, SIN PERJUICIO DE LAS AUTORIZACIONES QUE SE REQUIERAN SEGÚN ESTOS ESTATUTOS, Y SIN QUE ELLO IMPLIQUE INTERMEDIACIÓN FINANCIERA. PARAGRAFO: LA SOCIEDAD PODRÁ CONSTITUIRSE GARANTE DE OBLIGACIONES DIFERENTES DE LAS SUYAS PROPIAS, PREVIO EL CUMPLIMIENTO DE LAS AUTORIZACIONES Y REQUISITOS DE ESTOS ESTATUTOS.”

Por otro lado, a folios 9 a 15 del archivo 02 del expediente digital, encontramos el certificado de existencia y representación legal de la sociedad GRUPO COMERCIAL V Y V B.P.O. S.A.S., en donde se observa que su objeto social es el siguiente:

“OBJETO SOCIAL: LA SOCIEDAD TENDRÁ COMO OBJETO PRINCIPAL: A) PRESTAR A TODO TIPO DE PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS, NACIONALES O EXTRANJERAS, PÚBLICAS O PRIVADAS, SERVICIOS DE ASISTENCIA Y ASESORIA LEGAL Y JURÍDICA: ADELANTAR POR INTERMEDIO DE PROFESIONALES IDONEOS, EN SU NOMBRE Y EN INTERÉS SUYO CUALQUIER TIPO DE PROCESO JUDICIAL O EXTRAJUDICIAL, ANTE CUALQUIER ENTIDAD Y/O AUTORIDAD JUDICIAL O ADMINISTRATIVA, DEL ORDEN MUNICIPAL, DEPARTAMENTAL Y NACIONAL, O EXTRANJERA B) DESARROLLAR ACTIVIDADES DE COBRO DE CARTERA EXTRAJUDICIAL Y JUDICIAL EN TODO EL TERRITORIO NACIONAL O EN EL EXTERIOR, CUANDO ASÍ SEA NECESARIO, UTILIZANDO PARA TAL EFECTO LOS CANALES Y HERRAMIENTAS APROPIADAS. C) PRESTAR SERVICIOS DE CONTACT CENTER Y DE CALL CENTER A PERSONAS, SOCIEDADES O ENTIDADES NACIONALES O EXTRANJERAS, INCLUYENDO SERVICIOS HACIA EL EXTERIOR O DE RECEPCIÓN DE COMUNICACIONES DESDE EL EXTERIOR: PRESTAR SERVICIOS DE TELEMERCADEO, VENTA DE BIENES Y SERVICIOS, PROPIOS O DE TERCEROS, TANTO A NIVEL NACIONAL COMO INTERNACIONAL. D) PRESTAR SERVICIOS DE SECRETARÍAS VIRTUALES A PERSONAS Y/O EMPRESAS NACIONALES O EXTRANJERAS; PRESTAR SERVICIOS DE RECEPCIÓN TELEFÓNICA PARA TODO TIPO DE PERSONAS SOCIEDADES Y ENTIDADES; Y PRESTAR SERVICIOS DE

AGENDAMIENTO PARA LAS MISMAS; E) PRESTAR SERVICIOS DE CAPTURA DE DATOS, SERVICIOS DIGITACIÓN O DE DIGITALIZACIÓN. PRESTAR SERVICIOS DE ALMACENAJE Y CUSTODIA DE DOCUMENTOS, TANTO FÍSICA COMO DIGITALMENTE. F) PRESTAR SERVICIOS DE ENCUESTAS DE TODO ORDEN, TANTO BAJO LA MODALIDAD TELEFÓNICA COMO LA DE ENCUESTAS DE CAMPO. G) PRESTAR CUALQUIER TIPO DE SERVICIOS DE APOYO LOGÍSTICO O DE CUALQUIER OTRO TIPO PARA TODA CLASE DE PERSONAS NATURALES O JURÍDICAS. H) PRESTAR ASESORÍAS DE ORDEN LEGAL, CONTABLE O FINANCIERO, A TODO TIPO DE PERSONAS, SOCIEDADES O ENTIDADES DE ORDEN PÚBLICO O ADMINISTRATIVO, PRIVADO. PRESTAR SERVICIOS DE ASESORÍA DEL ORDEN FINANCIERO Y TRIBUTARIO. I) IMPORTAR, FABRICAR, DISTRIBUIR Y COMERCIALIZAR TODO TIPO DE BIENES EN TODO EL TERRITORIO NACIONAL Y EN EL EXTRANJERO, DIRECTAMENTE O A TRAVÉS DE SUCURSALES O AGENCIAS. J) RECIBIR, CREAR, NEGOCIAR, DESCONTAR TODO TIPO DE TÍTULOS Y VALORES. CELEBRAR TODO TIPO DE CONTRATOS DE COMPRAVENTA, ARRENDAMIENTO, LEASING INMOBILIARIA, HABITACIONES, VEHICULAR, ETC. PARTICIPAR EN TODO TIPO DE CONSORIOS, JOIN V NTUR S, Y DEMÁS MODALIDADES DE ALIANZAS ESTRATÉGICAS LICITAS. K) PARTICIPAR EN TODO TIPO DE LICITACIONES Y CONCURSOS TANTO DEL ORDEN NACIONAL COMO INTERNACIONAL. L) REALIZAR EN FORMA INDIVIDUAL O EN UNIÓN CON OTRAS EMPRESAS, SOCIEDADES, ENTIDADES, FUNDACIONES CORPRACIONES, INVERSIONES EN EL SECTOR DE LA AGRICULTURA O DE LA GANADERÍA DE TODO ORDEN Y EN CUALQUIER SITIO DE LA GEOGRAFÍA NACIONAL. M) ASÍ MISMO, PODRÁ REALIZAR CUALQUIER OTRA ACTIVIDAD ECONÓMICA LICITA TANTO EN COLOMBIA COMO EN EL EXTRANJERO. LA SOCIEDAD PODRA LLEVAR A CABO, EN GENERAL, TODAS LAS OPERACIONES, DE CUALQUIER NATURALEZA QUE ELLAS FUEREN, RELACIONADAS CON EL OBJETO MENCIONADO, ASÍ COMO CUALESQUIERA ACTIVIDADES SIMILARES, CONEXAS O COMPLEMENTARIAS O QUE PERMITAN FACILITAR OD SARROLLAR EL COMERCIO O LA INDUSTRIA DE LA SOCIEDAD.”

De suerte que, se observa que el objeto social de la empresa TELMEX COLOMBIA consiste en el desarrollo de actividades y prestación de servicios de telecomunicaciones dentro o fuera de Colombia y actividades conexas a estas, mientras que el objeto social de la demandada GRUPO COMERCIAL V Y V B.P.O. S.A.S., radica en la prestación de diversos servicios dentro de los cuales se encuentran los servicios jurídicos y las actividades de cobro de cartera extrajudicial y judicial, así como también los servicios de contact center y de call center a personas, sociedades o entidades nacionales o extranjeras, incluyendo servicios hacia el exterior o de recepción de comunicaciones desde el exterior.

En este sentido, avizora esta Colegiatura que en el hecho 5 se establece con claridad meridiana que la actividad que se aduce fue realizada por el demandante consistía en “realizar cobros de cartera morosa por call center a los usuarios de CLARO HOGAR”. En este orden de ideas, desde ya precisa esta Corporación que comparte la intelección de operador judicial de primer grado, en cuanto a que el cobro de la cartera morosa no hace parte del giro ordinario de los negocios de TELMEX COLOMBIA S.A. (hoy COMCEL S.A.); pues una cosa es el recaudo del pago como contraprestación del servicio de telecomunicación prestado, que evidentemente se encuentra dentro el giro ordinario de los negocios de la empresa de telecomunicaciones; y otra cosa muy distinta, el cobro de cartera morosa, bien sea vía prejudicial o judicial.

Precisándose que es un hecho notorio que para esta tarea existen empresas especializadas como la demandada GRUPO COMERCIAL V Y V B.P.O. S.A.S, cuyo objeto comercial consiste en la prestación de estos servicios, y que es posible desarrollar dicha función

mediante diferentes modalidades contractuales, bien sea a través de contratos típicos como el mandato o atípicos como la «compra de cartera castigada».

Aunado a ello, precisa la Sala que el hecho de que para efectos desplegar el cobro prejudicial pueda accederse a los datos de los usuarios y al monto adeudado como lo indicaron los testigos, resulta apenas lógico para el desarrollo de dicha actividad, pero no implica de por sí que los demandantes efectivamente estuvieran prestando los servicios directamente para un tercero, pues todo dependerá de la modalidad de contrato comercial suscrito. En este punto vale la pena mencionar que el cobro prejudicial o judicial, eventualmente puede conllevar a una afectación de los datos personales de los usuarios, empero esta situación no es del resorte de la jurisdicción ordinaria laboral.

En consecuencia, en el presente asunto, el cobro prejudicial de cartera morosa es ajeno a las actividades normalmente desempeñadas por TELMEX COLOMBIA, de suerte que no existe el elemento de conexidad o complementariedad entre las labores que afirma el demandante ejecutó y las funciones propias de la empresa de telecomunicaciones. Lo cual resulta suficiente para ratificar lo resuelto por el sentenciador de primer grado. No obstante, esta Colegiatura continuará con el análisis para efectos de desatar todos los puntos de inconformidad esbozados por la recurrente.

Así las cosas, es preciso indicar que conforme al artículo 167 del CGP aplicable por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS, incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ella persigue, estando en cabeza de la demanda la demostración de la relación comercial entre las demandadas, producto de la cual el demandante prestaba sus servicios en favor del contratante del servicio u obra desempeñada. Sin embargo, observa la Sala que le asiste la razón al *a quo* al afirmar que dentro del plenario no se acredita de ninguna forma la relación comercial que existía entre las convocadas a juicio, pues no se aportó ningún elemento de convicción que si quiera de indicio de un vínculo jurídico entre las sociedades demandadas.

De Hecho, al analizar el interrogatorio de parte rendido por la representante legal de TELMEX COLOMBIA S.A., hoy COMCEL S.A., señora Silvia Riaño Meléndez, esta Corporación observa que, en su declaración, la deponente negó la existencia de un contrato comercial suscrito entre GRUPO COMERCIAL V Y V B.P.O. S.A.S. y TELMEX COLOMBIA S.A. (hoy COMCEL S.A.).

Si bien la declarante manifestó que una de las empresas que realizaba labores de cobro de cartera era la sociedad denominada «VIV BPO», aclaró expresamente que no se trataba de la misma entidad a la que se hace referencia en la demanda. En consecuencia, contrario a lo sostenido por la recurrente, de la declaración rendida no se desprende confesión alguna que cumpla con los requisitos establecidos en el artículo 191 del Código General del Proceso.

De otra parte, el contrato de trabajo aportado por la parte actora tampoco da luces sobre dicha relación comercial, pues lo único que se indica es que el promotor de este juicio Camilo Andrés Castiblanco Pacheco fue contratado por GRUPO COMERCIAL V Y V B.P.O. S.A.S. para desempeñar el cargo de asesor de cobranzas en la división cobranza.

Destacando la Sala que en ninguna de las cláusulas del referido contrato se hace alusión a que el cargo desempeñado por el actor era el de “*asesor de cobranzas de clientes de CLARO HOGAR*” como se afirma en el hecho 5 del libelo introductor, ni tampoco se indica dentro de las funciones de la cláusula segunda que efectivamente el actor iba a prestar sus servicios de forma directa o indirecta para la empresa TELMEX COLOMBIA S.A.

Por otro lado, frente a la certificación emitida por el señor Walter Javier Borda Pacheco, Director Corporativo de Planeación Estratégica y Compras de TELMEX COLOMBIA S.A. hoy COMCEL S.A., visible a folio 15 del archivo 14 del expediente digital, en la que se da fe “*Que la compañía GRUPO COMERCIAL VY V B.P.O S.A.S identificada con Nit 900.889.403-5 no se encuentra registrada ni habilitada en las bases de datos de proveedores para las empresas TELMEX COLOMBIA S.A y/o COMCEL S.A. Por lo anterior no se evidencia un vínculo comercial con la empresa*”, encontramos que la recurrente afirma que la misma no debió tenerse en cuenta.

Respecto a este documento, no desconoce esta Colegiatura que, en principio, nadie puede fabricar su propia prueba, sin embargo, es claro que lo que pretende la encartada acreditar con este medio de convicción es la afirmación consignada en el escrito de contestación de la demanda, referente a que TELMEX COLOMBIA S.A. no tuvo ningún vínculo presente o pasado con la sociedad GRUPO COMERCIAL V Y V BPO S.A.S. Aserción que consiste en una negación indefinida, la cual no requiere prueba según el artículo 167 del CGP, trasladándose la carga de acreditar lo contrario a su contraparte, lo cual no ocurrió en el presente caso.

De igual forma, de los testimonios rendidos tampoco se desprende la existencia de la relación comercial aducida, pues todos los testigos decretados en favor del accionante fueron compañeros y ejercieron la misma función que el demandante, por lo que desde su cargo no tenían incidencia o conocimiento sobre los contratos suscritos por su empleador.

En este punto, resulta pertinente hacer referencia a la doctrina del precedente horizontal de este Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, específicamente a la sentencia proferida el 31 de mayo de 2024, dentro del proceso No. 11001310503820190012301, con ponencia del Honorable Magistrado Edgar Rendón Londoño.

En dicha providencia, el Tribunal conoció un caso en el que se pretendía declarar solidariamente responsable a TELMEX COLOMBIA S.A., pero en relación con una empresa de cobranza distinta, a saber, Villarraga y Vergara Contact Center Business Process

Outsourcing S.A.S. en liquidación. Encontrándose que, a pesar de que en ese proceso sí se aportó el contrato de prestación de servicios suscrito entre las sociedades que conformaban la parte pasiva, el Tribunal tampoco declaró la responsabilidad solidaria de TELMEX COLOMBIA, dado que no se acreditó el tiempo que el actor dedicaba específicamente a las labores de cobro para dicha compañía.

Continuando con el análisis, este cuerpo colegiado tampoco encuentra yerro en la valoración de los testimonios realizada por el *a quo*, pues en efecto se observa que, pese a que todos los testigos indicaron que realizaban la gestión de cobro de cartera para Claro Telmex, los señores Yuri Fernanda Suárez Roperó y Juan Camilo Avalo Bermúdez señalaron que su jefa directa era Andrea Fulla, Coordinadora de Cobranza, quien trabajaba directamente para GRUPO COMERCIAL V Y V BPO S.A.S.

Adicionalmente, si bien los dos testigos antes mencionados y el testigo Deivid Jiménez hicieron referencia a la existencia de una especie de auditor o supervisor que visitaba periódicamente las instalaciones y portaba un carné de Claro, ninguno de ellos proporcionó un nombre o apellido que permitiera identificar a dicho auditor, lo que resta credibilidad a sus afirmaciones. Asimismo, aunque todos señalaron que existía una base de datos con los clientes de Claro, coincidieron en que dicha base les era entregada por su jefa directa, y simplemente suponen o conjeturan que provenía de CLARO, dado que contenía información muy personal. De igual forma el hecho de que indicaran que existía un aplicativo que al abrirlo mostraba de alguna forma el logo de CLARO, no es conclusivo para determinar sin lugar a equívocos que efectivamente el servicio era prestado en favor de TELMEX COLOMBIA S.A.

En este orden de ideas, los testimonios rendidos no resultan suficientes para determinar que los servicios eran prestados a favor de la demandada TELMEX COLOMBIA hoy COMCEL S.A, y menos aún que existiera una relación comercial entre esta y la sociedad GRUPO COMERCIAL V Y V BPO S.A.S. En todo caso, de haberse acreditado tales situaciones la conclusión sería la misma, pues como se dijo al inicio del análisis, no existe una relación de conexidad entre los servicios prestados por el demandante (cobro prejudicial de cartera morosa) y la actividad comercial desarrollada por TELMEX COLOMBIA hoy COMCEL S.A. En virtud de lo anterior, esta Corporación acompañará la decisión de juez de primera instancia.

Así queda resuelto el recurso de apelación incoado por la parte actora.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, fíjense como agencias en derecho la suma de 600.000 pesos.

DECISIÓN

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 proferida por el Juzgado Diecisiete laboral del Circuito de Bogotá el 17 de noviembre de 2021 dentro del proceso promovido por CAMILO ANDRÉS CASTIBLANCO PACHECO contra GRUPO COMERCIAL V Y V B.P.O. S.A.S. Y COMCEL S.A., ANTES TELMEX COLOMBIA S.A.

SEGUNDO: Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, fíjense como agencias en derecho la suma de 600.000 pesos.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZÁLEZ ZULUAGA

Magistrado



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

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR DIANA LLANOS CARRILLO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Radicación No. 11001-31-05-026-**2021-00502-01.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticinco (2025); se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022; con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de Porvenir y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última, contra la sentencia del 03 de julio de 2024 proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los Magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

La demandante Diana Llanos Carrillo, por intermedio de su apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas anteriormente referidas, para que se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (en adelante RPMPD) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (en adelante RAIS), y por tanto se declare que el demandante nunca se trasladó del RPMPD.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar todos los aportes netos cotizados con sus rendimientos a Colpensiones; lo probado ultra y extra petita y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones manifiesta, en síntesis, que nació el 17 de septiembre de 1959; que se afilió e hizo sus aportes al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones; que en mayo del año 2000 fue trasladada del RPMPD al RAIS sin contar con la información

completa ni verás por parte de los asesores de los fondos privados, precisando que el asesor le indicó que el ISS iba a entrar en liquidación, que era más conveniente su traslado al RAIS ya que obtendría una mejor pensión en este régimen.

Por último, refiere que, radicó reclamación administrativa y que la misma fue resuelta desfavorablemente, así como también presentó solicitud ante Porvenir, que igualmente fue resuelta negativamente.

Actuación procesal

Prevía subsanación de las falencias indicadas por el Despacho, el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 21 de junio de 2022 y ordenó la notificación de Colpensiones y Porvenir S.A., así como de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Cumplido lo anterior Porvenir contestó la demanda en los términos del archivo 11 del expediente digital y Colpensiones hizo lo propio en los términos del archivo 12 del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 03 de julio de 2024 resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante, DIANA LLANOS CARRILLO al régimen de ahorro individual con solidaridad conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR al fondo de pensiones PORVENIR a transferir a la administradora colombiana de pensiones COLPENSIONES, los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje estimado al fondo de garantía de pensión mínima. Dineros que deben ser remitidos a COLPENSIONES, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONDENAR a COLPENSIONES para que se de dicha transferencia y contabilice para todos los efectos legales las semanas cotizadas por la demandante.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas.

QUINTO: CONDENAR en costas de esta instancia al fondo de pensiones PORVENIR, fijándose como agencias en derecho la suma de UN MILLON QUINIENTOS MIL PESOS (\$1'500.000).

Para adoptar esta decisión, la juez analizó el marco normativo aplicable en el momento del traslado, refiriéndose a la Constitución Política de Colombia, a la Ley 100 de 1993 y al Decreto 663 de 1993. Subrayó que, desde la creación del sistema de seguridad social, las administradoras de fondos de pensiones (AFP) estaban obligadas a brindar información clara y completa a los afiliados para que estos pudieran tomar decisiones informadas.

Expuso que, de acuerdo con el precedente jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia, para que se entienda que la afiliación fue realizada de manera libre y voluntaria, se debe verificar si la respectiva administradora puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen, así como los beneficios que obtendría. Es decir, se debe mostrar que la correspondiente entidad garantizó una decisión informada que permita una manifestación de voluntad autónoma y consciente.

Señaló que el deber de información asistido surge desde la entrada en vigencia de la Ley 100, razón por la cual deben remitirse al momento histórico de la afiliación, con el fin de verificar si se cumplió con el deber legal de ilustrar al afiliado sobre las características, condiciones, accesos, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales. También señaló la juez que, el precedente de la Corte Suprema ha determinado que el consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente, pues se debe demostrar un consentimiento debidamente informado. E indica que la carga de la prueba recae en el fondo de pensiones, quien debe demostrar dicha circunstancia, es decir, debe acreditar que efectivamente brindó una asesoría clara, transparente y suficiente.

Luego realiza un análisis de las documentales obrantes en el plenario, indica que del formulario de afiliación solamente se puede establecer que efectivamente la demanda se trasladó del Seguro Social al fondo de pensiones Porvenir. Sin embargo, dicha prueba documental no permite establecer las circunstancias de modo, tiempo y lugar de como se realizó la afiliación, toda vez que las mismas no brindan una ilustración al respecto. E indicó que de las demás pruebas documentales no se desprende que se hubiese brindado una asesoría completa, y que del interrogatorio de parte de la actora tampoco surge una confesión en tal sentido.

En virtud de lo anterior, la sentenciadora de primera instancia, resolvió declarará ineficaz el traslado efectuado por la actora del régimen de prima media al régimen de ahorro individual. Empero, frente a la devolución de los aportes, indicó ordenará al fondo de pensiones Porvenir que transfiera a la Administradora Colombiana de Pensiones (Colpensiones) la totalidad de las cotizaciones efectuadas por la actora, junto con sus rendimientos financieros causados. Asimismo, indicó que deberá remitir el porcentaje correspondiente al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, esto último sin una mayor explicación. En cuanto a los demás porcentajes correspondientes a gastos de administración, prima de seguros provisionales de invalidez y sobrevivencia, la juez precisó que no ordenaría su retorno teniendo en cuenta lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024.

Recursos de Apelación

Porvenir S.A.:

La apoderada de Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación contra la sentencia indicando que su representada cumplió con el deber de información para la época del traslado de régimen pensional, que en el sub lite se debe tener en cuenta que se aportó el formulario de vinculación y, no se le puede restar validez probatoria, ya que en dicho documento se encuentra plasmada la firma de la demandante, donde se nota que ella recibió información de manera verbal por parte de un asesor de Porvenir. Y aseguró que la demandante en su interrogatorio de parte no mencionó toda la información que le brindó el asesor.

De otra parte, aseveró que, conforme con la sentencia SU-107 de 2024 no resulta viable que se traslade ese porcentaje de garantía de pensión mínima sino únicamente es viable trasladar lo correspondiente a los aportes, los rendimientos y el bono pensional. señaló que dicha sentencia no puede aplicarse de manera parcial sino en su totalidad, máxime cuando la juez de primera instancia no fundamenta el motivo por el cual se aparta o decide condenar a Porvenir trasladar dicho rubro.

Colpensiones:

Por su parte, el apoderado de Colpensiones interpone el recurso de apelación con sustento en que el traslado al fondo de pensiones Porvenir fue realizado en ejercicio del libre derecho de escogencia de la demandante, de manera libre y voluntaria, sin coacción.

Luego argumentó que la carga probatoria se trasladó a las demandadas y que no se puede exigir la exhibición de pruebas inexistentes para la época de los hechos, precisando que la normativa de ese año solo imponía el deber de brindar información verbalmente, no de dejar constancia escrita.

De otra parte, resaltó la negligencia de la demandante, quien no se preocupó por su futuro pensional, no solicitó mayor información y firmó el formulario sin leerlo detenidamente. Y expone que la demandante ya tiene más de 62 años y no es beneficiaria del régimen de transición, por lo que no puede ser recibida en el régimen de prima media con prestación definida.

Finalmente, el recurrente solicita no imponer costas a cargo de Colpensiones, dada la buena fe con la que ha actuado y las disposiciones normativas que ha seguido

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Admitido el recurso de apelación con auto del 21 de agosto de 2024 por esta Corporación, se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por los recurrentes en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Así mismo se estudiará en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver consisten en: i) Determinar si efectivamente existió una ineficacia en el momento del traslado de la accionante del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al régimen de ahorro individual (RAIS), como consecuencia de la falta de información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, para así escoger la mejor opción para su caso particular; ii) si se debe absolver a la demandada Porvenir de la condena de devolución del porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, iii) si debe absolverse a la demandada Colpensiones de las costas del proceso.

De la ineficacia del traslado

Para la resolución de este asunto, debe considerarse que las AFP tienen un deber legal de suministrar a sus potenciales afiliados información objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Este deber existía desde la creación del sistema de seguridad social integral, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL 1452-2019, SL 1688-2019, SL 1689-2019, SL 4426-2019, SL 3464-2019, SL 4360- 2019, SL 2611-2020, SL 4806-2020 y SL 373-2021).

En el referido artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se recalcó la importancia del deber de información de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria hoy Superfinanciera, incluyendo naturalmente a las Administradoras de Fondo de Pensiones, al contemplar textualmente que *"Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor*

transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado”.

Así mismo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra las obligaciones de los promotores en los siguientes términos: *“Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado”.*

De igual manera, debe considerarse que la suscripción de un formulario por parte del afiliado, que pueda o no, contener afirmaciones en el sentido de indicar que la afiliación se realiza de forma libre y voluntaria, no liberan a las AFP de su obligación de brindar información completa, objetiva y comparada de los distintos regímenes pensionales y las consecuencias asociadas al traslado entre ellos. A lo sumo, estas expresiones acreditan un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (SL 4964 de 2018, SL 4964 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3193 de 2023).

De suerte que, para la Sala, no cabe duda en cuanto a la existencia de un compendio normativo que obligaba a las administradoras de pensiones a informar en el momento del traslado, en forma, clara, completa, objetiva, veraz y transparente acerca de las características de ambos regímenes. Sobre este punto en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en la sentencia SL 1688 de 2019 con radicado No.68838, precisó desde cuándo se encontraba en cabeza de esas administradoras de pensiones, esa obligación probatoria en los siguientes términos:

“Desde este punto de vista, para la Corte es claro que, desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»”.

Descendiendo al caso bajo estudio, será necesario remitirse a las pruebas obrantes en el expediente, pues se trata de una cuestión eminentemente fáctica y jurídica. Encontrando que se aportó al expediente el formulario de afiliación a Porvenir S.A., del 22 de mayo de 2000 (folio 89 archivo 11 expediente digital), en el que se registró la firma de un asesor comercial o ejecutivo de cuenta, sin que se encuentre acreditado que ese asesor brindó la información completa e informada sobre el traslado a la trabajadora, pues ninguna prueba se aportó en tal sentido. Con lo cual no existe prueba en el expediente que demuestre, más allá de toda duda razonable que al menos en esta oportunidad la afiliada hubiera recibido la información adecuada, suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa, que le permitiera decidir libremente el régimen al que quería estar afiliada.

En otro giro, frente al interrogatorio de parte rendido por la demandante en la audiencia celebrada el 03 de julio de 2024, visible en el archivo 28 del expediente virtual, la Sala avizora que esta no se puede tener como confesión en favor de las demandadas. En dicho medio probatorio únicamente declara que a su sitio de trabajo, «Centro Zonal de Bienestar Familiar de Fontibón», llegaron unos asesores que hicieron una reunión grupal de 20 minutos en donde la indicaron que el seguro social se iba a terminar y que era importante que se afiliaran a un fondo privado. Es por ello que, del análisis del interrogatorio de parte de la demandante, no se acredita ninguno de los elementos para considerar que se llenaron los requisitos del artículo 191 numeral segundo del CGP para ser considerado como medio de prueba de confesión.

Por otro lado, también se debe tener presente que la doctrina del precedente vertical en la sentencia del 09 de septiembre del año 2008, radicado 31989, ya había definido que la suscripción libre y voluntaria de ese formulario no era suficiente para dar cumplimiento a ese deber de información. Posición que fuera repetida también en forma pacífica por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la Sentencia del 03 de abril de 2019 en los siguientes términos:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado”.

Incluso en providencias más próximas a la fecha, se ha mantenido inmutable la postura de la Sala, ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia SL 397 del 1 de marzo de 2023 en la que se afirmó:

“En cuanto a la suscripción de uno o varios formularios de afiliación (f.º59), se encuentra adoctrinado que son insuficientes para demostrar que la decisión de traslado estuvo precedida por una ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Tampoco es admisible sostener que la simple rúbrica impuesta en el formulario, en señal de asentimiento, pueda suplir la información que deben brindar las administradoras (entre otros fallos se cita CSJ SL SL1688-2019)”.

En igual sentido, resulta esencial y de gran relevancia mencionar el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024. Frente al cual la Sala, decide adoptarlo en adelante. Por lo cual, se ha de recordar que, en esta decisión, el máximo tribunal constitucional delineó una serie de reglas para el análisis probatorio relacionado con los casos de ineficacia del traslado de los afiliados que cambiaron de régimen pensional al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad entre los años 1993 y 2009. Sobre este aspecto, se dispuso que tales procesos deben regirse exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, el Código Procesal del Trabajo y de la

Seguridad Social, y el Código General del Proceso, con el objetivo de garantizar el debido proceso. Estas directrices comprenden varias pautas esenciales:

Primero, el juez debe evaluar si el afiliado comprendía las consecuencias de su traslado al (RAIS), conforme a lo dispuesto en los artículos 13 de la Ley 100 de 1993 y 97 del Decreto 663 de 1993. Esto incluye verificar si los asesores de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) informaron adecuadamente sobre los riesgos asociados, las posibilidades de realizar cotizaciones adicionales, las consecuencias de no reunir el capital mínimo requerido para la pensión, la garantía de la pensión mínima y la devolución de saldos.

Asimismo, el juez debe permitir y considerar todas las pruebas necesarias, pertinentes y conducentes, ya sean solicitadas por las partes o requeridas de oficio, conforme al artículo 161 del CGP. Estas pruebas pueden comprender declaraciones, confesiones, testimonios, peritajes, inspecciones judiciales, documentos e indicios.

Además, las pruebas documentales deben ser evaluadas en conjunto con las demás pruebas del expediente. Por ejemplo, los formularios de afiliación, que suelen contener declaraciones sobre la decisión libre y espontánea del traslado, no son suficientes por sí solos para absolver a las demandadas.

En ausencia de pruebas directas, el juez puede recurrir a interrogatorios para esclarecer las circunstancias en que se prestó, o no, la información relevante. Los testimonios de personas que recibieron asesoría conjunta pueden ser fundamentales para determinar la veracidad de los hechos alegados.

Las pruebas indiciarias también deben ser analizadas en conjunto con otros elementos probatorios, de acuerdo con los artículos 176 y 242 del CGP.

Aunque la inversión de la carga de la prueba no debe ser una regla obligatoria, el juez puede, de manera excepcional, invertir la carga de la prueba en casos donde la demandante se encuentre en la imposibilidad de probar los hechos que sustentan sus pretensiones. Esta medida se fundamenta en el artículo 167 del CGP y en la necesidad de proteger al afiliado de una imposición desproporcionada de cargas probatorias que vulneren su derecho al debido proceso y acceso a la justicia.

Con todo lo anterior, la Sala advierte que en el expediente no existe un solo elemento de convicción distinto al formato de vinculación que demuestre que la AFP Porvenir S.A. dio información transparente y completa a la afiliada sobre las características de ambos regímenes pensionales y las implicaciones inherentes de pertenecer a uno u otro al momento en que la accionante suscribió el formulario de afiliación. Lo que conduce a esta Sala a confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado que efectuó la demandante el 22 de mayo de 2000, como lo determinó la *a quo*.

De los valores a devolver:

Continuando con el análisis, procede este órgano colegiado a analizar el argumento de la apoderada de Porvenir, teniendo en cuenta que señaló que debía abstenerse de ordenar devolver el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

De este modo, en primera medida, como lo indicó la *a quo*, esta Sala debe precisar que la jurisprudencia emitida por parte de la CSJ, al referirse a los efectos de la ineficacia, como la sentencia SL 1535 del 10 de mayo de 2022 señaló que *“es pertinente recordar que se contraen a la devolución de todos los dineros que el fondo hubiera recibido, entre otros, por concepto de las cotizaciones y los bonos pensionales —si fuere el caso—, además de los rendimientos financieros que se hubieren causado, y las cuotas de administración, pues no puede trasladarse una suma inferior a la realmente ahorrada. Lo anterior, bajo la ficción jurídica de que el actor nunca se movió al RAIS o, lo que es igual, que siempre estuvo afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones.”*

Sin embargo, tampoco se puede pasar por alto lo que sobre este tema ha indicado la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024, **que es de obligatorio cumplimiento para los operadores judiciales**, que, en cuanto al principio de sostenibilidad financiera, indicó en los casos en que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, sólo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual. Señaló además que no es factible ordenar el traslado de los valores pagados por concepto de primas de seguros previsionales, gastos de administración y porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, ni tampoco que dichos valores fueran reconocidos de forma indexada, señalando textualmente: *“En suma, ni las primas de seguros, los gastos de administración, o el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ya sea de forma individual, combinada o indexada son susceptibles de devolución o traslado al configurar situaciones que se consolidaron en el tiempo y que no se pueden retrotraer por el simple hecho de declarar la ineficacia del traslado pensional.”*

La Corte Constitucional, en los acápites de consideraciones de su decisión, en primer lugar, expuso que, en relación con las modalidades de devolución, la Corte aclaró que, materialmente, a pesar de que se declare la ineficacia del traslado, no es posible retrotraer al afiliado al día previo al traslado. Solamente es susceptible de traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y, si se ha pagado, el valor de un bono pensional. Esto se debe a que no toda la cotización es apta para ser trasladada, ya que el aporte se desglosa en primas de seguros, gastos de administración y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Además, no sería posible devolver los aportes voluntarios realizados por el afiliado mientras estuvo en el RAIS, ya que estos implicaron beneficios tributarios para la declaración de renta, la compra de acciones u otro tipo de inversiones, constituyendo situaciones que se consolidaron en el tiempo.

En segundo lugar, respecto a las primas de seguros y el riesgo que estas amparan, la Corte recordó que, mes a mes, se paga el respectivo seguro para cubrir el riesgo de invalidez o muerte. En la Sentencia SU-313 de 2020, se explicó que de la cotización obligatoria del 16%, la Administradora de Fondos Pensionales debe destinar un 11,5% a la cuenta individual del afiliado, un 1,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y un 3% al financiamiento de los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. El seguro previsional que contratan las administradoras del RAIS debe ser colectivo y pagarse obligatoriamente, garantizando así la cobertura adecuada en caso de invalidez o muerte.

En cuanto a los gastos de administración, aunque no se tiene un pronunciamiento expreso en pensiones, la Corte ha sostenido que es legítimo desde el punto de vista constitucional que los particulares que participan en el sistema general de seguridad social en salud sean recompensados por los gastos de administración en los que incurren, siempre y cuando no se afecte el derecho fundamental de los usuarios a un servicio de calidad, oportuno y eficiente. Esta misma lógica se aplica a los gastos de administración en pensiones, los cuales tienen un impacto incluso en la determinación del fondo al que pertenece un afiliado. En la Sentencia T-266 de 2023, la Corte protegió los derechos de una afiliada a la que se le negó el traslado por no estar en el aplicativo de traslados, operando en este caso la figura de la afiliación tácita.

Por otro lado, en la Sentencia C-687 de 2017, la Corte analizó una demanda de inconstitucionalidad que cuestionaba la contribución al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, alegando que dicha financiación no era retribuida al afiliado y constituía un enriquecimiento sin causa. Aunque la Corte se declaró inhibida, destacó que la cotización en el RAIS no sólo nutre la cuenta de ahorro individual, sino también un componente de solidaridad, siendo así reconocidas numerosas pensiones de vejez bajo la Garantía de Pensión Mínima.

Por los anteriores argumentos, esta Sala de decisión ha adoptado esta nueva postura, entendiendo que, con la declaración de ineficacia, la AFP deberá devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, los ahorros de la cuenta individual del afiliado, los rendimientos financieros y el bono pensional, dejando atrás cualquier criterio anterior.

En estas circunstancias, es necesario enfatizar en que en el numeral octavo de la sentencia SU 107 de 2024, la Corte Constitucional dispuso los efectos inter pares de la providencia, señalando textualmente:

***“EXTENDER**, con efectos inter pares y de inmediato cumplimiento, las reglas expuestas en esta providencia a todas las demandas que estén en curso ante la Jurisdicción Ordinaria Laboral ya sea en primera, segunda instancia o en sede de*

casación, como también las que se tramiten mediante acción de tutela y cuya pretensión, principal o subsidiaria, esté dirigida a que se declare la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.”

De igual forma, frente a los efectos inter pares, vale traer a colación la sentencia SU349-2019, que de forma explicativa indicó:

“los efectos “inter pares” son aplicados por la Corte Constitucional en aquellos eventos en los que ésta resuelve un problema jurídico relacionado con la interpretación y/o aplicación de un marco normativo concreto, en un contexto fáctico específico. En estos eventos, se dispone que la resolución que ha dado al asunto debe ser asumida en los casos que, sin integrar necesariamente una misma comunidad, son o llegarán a ser semejantes.”

En este contexto, y considerando la postura de la Corte Constitucional, dado que Porvenir S.A apeló la devolución del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, se modificará el numeral segundo de la sentencia para efectos de absolver a Porvenir de la devolución de dicho rubro.

Colpensiones como tercero de buena fe:

Ahora bien, respecto a la inconformidad planteada por el apoderado de Colpensiones sobre la no participación de la entidad en el traslado de régimen pensional, es preciso señalar que la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido de manera pacífica y reiterada que la declaratoria de ineficacia implica el retorno al *statu quo*. Esto significa que la situación debe retrotraerse al estado en que se encontraría si el acto nunca hubiera existido (CSJ SL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020, CSJ SL373-2021 y CSJ SL5688-2021). En particular, en la sentencia SL2877-2020, la Corte precisó lo siguiente:

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

(...)

Ahora, los efectos de la declaratoria de ineficacia de traslado de régimen pensional cobija a todas las entidades a las cuales estuvo vinculado la accionante en el RAIS, aun cuando, como es lógico, no todas participaron en el acto de afiliación inicial, porque las consecuencias de tal declaratoria implica dejar sin efectos jurídicos el acto de vinculación a tal régimen; en otros términos, es la inscripción en ese esquema pensional la que se cuestiona como una sola, lo que involucra a las demás AFP, así ellas no hayan intervenido, se reitera, en la primera admisión. Por ello, es que todas las cotizaciones efectuadas por el promotor del proceso al sistema general de pensiones, durante su vida laboral, deben entenderse realizadas al de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, tal como asentó el Tribunal”

De este modo, a pesar de que es claro que el otrora Instituto de los Seguros Sociales, ni tampoco Colpensiones, interfirieron en el traslado de régimen pensional de la promotora de

este juicio, situación que no se discute en el sub judice; en virtud de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen de la demandante, resulta imperioso ordenar su retorno al Régimen pensional a la que se encontraba afiliada antes de este traslado, siendo este el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, que actualmente es administrado por Colpensiones de conformidad con lo dispuesto en el artículo 155 de la Ley 1151 de 2007. Por consiguiente, no existe error alguno en la interpretación de la *a quo* sobre este aspecto.

De la condena en costas a las demandadas:

En lo que tiene que ver con la condena en costas impuesta por la juez de primera instancia, es preciso mencionar que, de acuerdo con el artículo 365 del C.G.P, dicha condena se genera para la parte vencida en los procesos en los que se presente controversia, como en el caso de marras, y así lo establece con toda claridad el numeral 1 del mencionado artículo, bajo el siguiente tenor literal:

“Artículo 365. Condena en costas. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia la condena en costas se sujetará a las siguientes reglas:

1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, casación, queja, súplica, anulación o revisión que haya propuesto. Además, en los casos especiales previstos en este código.

Además se condenará en costas a quien se le resuelva de manera desfavorable un incidente, la formulación de excepciones previas, una solicitud de nulidad o de amparo de pobreza, sin perjuicio de lo dispuesto en relación con la temeridad o mala fe.”

En este orden, la disposición precitada contempla una obligación de orden procesal destinada a la parte que resulta vencida en el proceso, indistintamente de la naturaleza jurídica de la parte demandada, resultando en un imperativo legal. Por consiguiente, se confirmará lo dispuesto por la sentenciadora de primera instancia frente a las costas procesales.

Así quedan resueltos los recursos de apelación interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta.

COSTAS

Sin costas o agencias en derecho en esta instancia.

DECISIÓN

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 segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, el 03 de julio de 2024, en el sentido de absolver a Porvenir S.A. de la devolución del porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, de conformidad a la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Confirmar en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



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

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR JOSÉ MANUEL MEDINA BASTO contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Radicación No. 11001-31-05-037-2022-00267-01.

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticinco (2025); se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022; con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante contra la sentencia del 25 de junio de 2024, proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente sentencia:

SENTENCIA

El demandante, por intermedio de su apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas anteriormente referidas, solicitando que se declare la ineficacia de la afiliación del actor a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías – Porvenir S.A., y que a su vez se declare que para todos los efectos legales, el afiliado nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por lo tanto, siempre estuvo afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Como consecuencia de lo anterior, solicita se condene a Porvenir S.A. a trasladar la totalidad de *“recursos, intereses, rendimientos, etc. que haya hasta ese momento en la cuenta de ahorro individual de pensiones obligatorias y de Pensiones voluntarias del*

actor”, y correlativamente se ordene a Colpensiones a permitir la afiliación del actor en el RPMPD, así como a reconcomer y liquidar la pensión de vejez.

De igual forma, solicita la condena ultra y extra petita y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones expone que nació el 11 de junio de 1962, que en la historia laboral emitida por Colpensiones registra cotizaciones en el Régimen de Prima Media entre el 25 de febrero de 1991 y el 17 de marzo de 1993, registrando 74,43 semanas; mientras que en la historia laboral para bono del Ministerio de Hacienda registra para el sistema de bonos pensionales semanas desde el 25 de febrero de 1991 al 30 de junio de 1994.

De otra parte, afirma que en la historia de Porvenir S.A. reporta cotizaciones a ese fondo desde julio de 1994 hasta febrero de 2022, por un total de 1273 semanas. Asegurando además que en dicho documento reporta 4.2 semanas en recuadro del sector público como un traslado de aportes y 74.4 semanas pendientes de confirmar.

Por último, señala que el demandante continúa cotizando en Porvenir S.A.

Actuación procesal

El Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 28 de octubre de 2022 y ordenó la notificación de las convocadas a juicio, así como, así como de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado.

Cumplido lo anterior, Colpensiones y Porvenir contestaron la demanda en los términos del archivo 06 y 07 del expediente digital respectivamente.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 25 de junio de 2024 resolvió:

PRIMERO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación, en consecuencia, se absuelve a las demandadas ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES y la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. de las pretensiones invocadas en su contra por el demandante JOSÉ MANUEL MEDINA BASTO, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la decisión.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte Demandante, para tal efecto se fijan como agencias en derecho la suma equivalente a \$100.000 a favor de cada una de las entidades demandadas.

Para adoptar esta decisión, el juez de instancia inicia manifestando que aplicará criterio jurisprudencial expuesto por la Honorable Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia sentado en sentencias SL 1452, 1688 y 1689 del año 2019, no obstante, se indica que se morigeraron sus efectos a través de la sentencia de unificación SU 107 de 2024 proferida por la Corte Constitucional.

Seguidamente expone que, desde el plano legal y fáctico, las Administradoras de Fondos de Pensiones son las obligadas a cumplir el deber de información en virtud de la interpretación extensiva y literal del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, y de forma expresa del artículo 97 del Decreto 663 de 1993. Este cumplimiento se da con la ilustración de las características, condiciones de acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional, incluyendo dar a conocer la existencia de un régimen de transición, así como la eventual pérdida de beneficios convencionales.

Luego asevera que el formulario de afiliación no es prueba suficiente del cumplimiento del deber de información, aunque puede colegirse de la voluntad del afiliado, no surge de su estudio cualquier información suministrada para efectos de determinar su cumplimiento. Señalando que dicha posición no es desestimada por la honorable Corte Constitucional, puesto que en este aspecto comparte la conclusión definida por la máxima corporación de esta especialidad jurisdiccional.

A su vez, asevera que, en la sentencia de unificación, se indica que la inversión de la carga de la prueba no puede convertirse en la única regla aprobatoria a tener en cuenta en estos procesos para su definición, señalando que lo reprochado por la Corte Constitucional es que dicho parámetro sea tomado de manera objetiva y automática. Y además, afirma que de los parámetros antes indicados no pueden restringirse solo para casos especiales por ser beneficiarios de régimen de transición o tener cumplidos requisitos de causación.

Acto seguido, expone que se demuestra con la historia laboral que el demandante se encontraba afiliado al régimen de prima media o en su momento lo administrado por el Instituto de Seguros Sociales desde el 18 de diciembre de 1986 al 30 de junio de 1994; y que se trasladó a Porvenir el 17 de junio de 1994 según certificado SIAFP y formulario de afiliación

Luego el juez refiere que del interrogatorio de parte se generaban indicios en los términos del artículo 242, los cuales consideró suficientes para demostrar que se cumplió con el deber de información, esto pese a aclarar que no tuvo el mismo como confesión, señalando textualmente el juez:

“Lo cierto es que de lo dicho por el actor, considera el Despacho, desde el análisis probatorio, que se generan indicios en los términos del artículo 242 del Código General del Proceso que permiten colegir, que si bien fue suministrada información en ese sentido al efecto, al recordar lo que le manifestaron sobre el bono pensional, realizó los aportes realizados en el Instituto de Seguros Sociales con la inclusión de ellos en su cuenta de ahorro individual. Es decir, si se tocó el tema por parte del asesor al punto de explicarle cómo se realizaría el traslado de los mismos.

(...)

En consecuencia, si bien no se tiene como confesión judicial el hecho de que el demandante hubiera admitido que se le explicaron las condiciones del régimen de prima media, lo cierto es que se le hicieron mención sobre el tiempo cotizado y la forma en que podría ser trasladado, lo que permite que el promotor sí hizo énfasis en dicha situación.

Se reitera el despacho, se genera un indicio probatorio que, en los términos del artículo 242 del Código General del Proceso, permite superar probatoriamente ese hecho.”

Luego, el sentenciador expresó que por las escasas semanas que llevaba cotizadas al momento del traslado y por la incertidumbre sobre el número de semanas que tenía la obligación de brindar información “no se ve tan matizada”. Y adicionalmente señala que “por las condiciones expuestas, no está llamado a prosperar las pretensiones invocadas, **pues no puede admitirse que solo luego de transcurrido más de 20 años está en conciencia del escaso tiempo que tenía cotizado al momento del traslado para hacerlo valer como una ineficacia**”, y llega a la conclusión de que “al demandante sí se le realizó una explicación general de las condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, lo que permite evidenciar que fue cumplido el deber de información por parte de la entidad demandada.”

Por ultimo, indica que en el presente asunto no se acreditó que el asesor comercial tuviera un afán comercial de generar el traslado del demandante, que el vacío de la información que se indicó en el libelo introductor no quedó demostrado, ni tampoco la negligencia por parte del promotor.

Recurso de Apelación y grado jurisdiccional de consulta.

El apoderado del demandante interpone el recurso de alzada en contra de la sentencia proferida por el juez, indicando que con la Ley 100 de 1993 se creó el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, frente al sistema preexistente, esto es el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Seguidamente, indica que según el artículo 13 de la norma mencionada la afiliación es libre y voluntaria, e indicó que de ninguna manera la afiliación del actor fue espontanea, pues como quedó claro del interrogatorio absuelto, el accionante fue abordado por el asesor en su propio trabajo. Además, indicó que si bien es cierto se brindó información muy superficial, se pasó por alto que para ese momento existía el Decreto Ley 663 de 1993 que debía siniestrarse a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen.

Expone que lo anterior significa que había que entregar información objetiva, y “*no vender como el castillo de naipes*”, e indica que con la Ley 795 de 2003 se adiciona esa obligación indicando que debía brindarse elementos de juicio claros y objetivos para escoger las mejores opciones del mercado. Y remata diciendo que el fondo de pensiones demandado no fue objetivo ni claro con la información.

En segundo lugar, indica que existió un vicio en el consentimiento, puesto que si bien el demandante firmó el formulario no tenía un conocimiento pleno de sus implicaciones, indicando que se incurrió en error según el artículo 1511 del Código Civil, por lo cual el acto de afiliación al fondo resultaba nulo.

Adicionalmente expone que el accionante indicó en su declaración que le indicaron que había ventajas, pero no sabían explicarles cuales eran las ventajas, por lo que considera el recurrente que el actor firmó sin estar plenamente consciente del documento que firmaba.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Admitido el recurso de apelación con auto del 21 de agosto de 2024 por esta Corporación, se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por los recurrentes en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera

instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver consisten en: i) Determinar si en el *sub judice* se encuentra acreditado el cumplimiento del deber de información por parte del fondo de pensiones al momento del traslado del demandante; en caso negativo, se determinará ii) si se presenta la ineficacia en el momento del traslado del accionante del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al régimen de ahorro individual (RAIS), como consecuencia de la falta de información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, para así escoger la mejor opción para su caso particular.

De la ineficacia del traslado

Para la resolución de este asunto, debe considerarse que las AFP tienen un deber legal de suministrar a sus potenciales afiliados información objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Este deber existía desde la creación del sistema de seguridad social integral, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL 1452-2019, SL 1688-2019, SL 1689-2019, SL 4426-2019, SL 3464-2019, SL 4360- 2019, SL 2611-2020, SL 4806-2020 y SL 373-2021).

En el referido artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se recalcó la importancia del deber de información de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria hoy Superfinanciera, incluyendo naturalmente a las Administradoras de Fondo de Pensiones, al contemplar textualmente que *"Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado"*.

Así mismo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra las obligaciones de los promotores en los siguientes términos: *"Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado"*.

De igual manera, debe considerarse que la suscripción de un formulario por parte del afiliado, que pueda o no, contener afirmaciones en el sentido de indicar que la afiliación

se realiza de forma libre y voluntaria, no liberan a las AFP de su obligación de brindar información completa, objetiva y comparada de los distintos regímenes pensionales y las consecuencias asociadas al traslado entre ellos. A lo sumo, estas expresiones acreditan un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (SL 4964 de 2018, SL 4964 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3193 de 2023).

De suerte que, para la Sala, no cabe duda en cuanto a la existencia de un compendio normativo que obligaba a las administradoras de pensiones a informar en el momento del traslado, en forma, clara, completa, objetiva, veraz y transparente acerca de las características de ambos regímenes. Sobre este punto en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en la sentencia SL 1688 de 2019 con radicado No.68838, precisó desde cuándo se encontraba en cabeza de esas administradoras de pensiones, esa obligación probatoria en los siguientes términos:

“Desde este punto de vista, para la Corte es claro que, desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»”.

Descendiendo al caso bajo estudio, será necesario remitirse a las pruebas obrantes en el expediente, pues se trata de una cuestión eminentemente fáctica y jurídica. Encontrando que se aportó al expediente el formulario de afiliación a la Sociedad Administradora de Fondos de pensiones Invertir¹ hoy Porvenir S.A., del 17 de junio de 1994 (folio 34 archivo 17 del expediente digital), en el que se registró la firma de un asesor comercial o ejecutivo de cuenta, sin que se encuentre acreditado que ese asesor brindó la información completa e informada sobre el traslado del actor, pues ninguna prueba se aportó en tal sentido.

De este modo, contrario a lo afirmado por el sentenciador de primer grado, no existe prueba en el expediente que demuestre, más allá de toda duda razonable que al menos en esta oportunidad el afiliado hubiera recibido la información adecuada, suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa, que le permitiera decidir libremente el régimen al que quería estar afiliado.

En este punto también se debe tener presente que la doctrina del precedente vertical en la sentencia del 09 de septiembre del año 2008, radicado 31989, ya había definido que la suscripción libre y voluntaria de ese formulario no era suficiente para dar cumplimiento a ese deber de información. Posición que fuera repetida también en forma pacífica por

¹ Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Invertir Organismo Cooperativo

parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la Sentencia del 03 de abril de 2019 en los siguientes términos:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado”.

Incluso en providencias más próximas a la fecha, se ha mantenido inmutable la postura de la Sala, ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia SL 397 del 1 de marzo de 2023 en la que se afirmó:

“En cuanto a la suscripción de uno o varios formularios de afiliación (f.º59), se encuentra adoctrinado que son insuficientes para demostrar que la decisión de traslado estuvo precedida por una ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Tampoco es admisible sostener que la simple rúbrica impresa en el formulario, en señal de asentimiento, pueda suplir la información que deben brindar las administradoras (entre otros fallos se cita CSJ SL SL1688-2019)”.

En otro giro, frente al interrogatorio de parte rendido por el demandante en la audiencia celebrada el 17 de junio de 2024, a cuya grabación se accede en el archivo 14 del expediente virtual, la Sala encuentra que este no se puede tener como confesión en favor de las demandadas. Además, esta Colegiatura precisa que no comparte la apreciación que hizo el juez de instancia sobre este medio probatorio, pues contrario a lo afirmado por el *a quo*, del mismo no se desprende que el demandante hubiese indicado que le proporcionaron una información objetiva, completa, comparada y transparente que le permitiera escoger de forma consciente e informada la mejor opción, tal y como se expondrá a continuación.

En primer lugar, se advierte que el demandante manifestó en su interrogatorio que, al momento del traslado, trabajaba en la fundación del banco «Copdesarrollo», denominada «Undesarrollo». Señaló que, cuando “surgió el tema” de pensiones y salud, se difundió ampliamente el modelo y que llegaron personas (sin especificar quiénes) a explicarles las ventajas del mismo. Indicó que cree haber diligenciado el formulario de afiliación, pero no recuerda con precisión si lo hizo él o algún empleado. Asimismo, mencionó que le explicaron que sus aportes irían a una cuenta de ahorro individual que generaría intereses y que le hablaron de los aportes voluntarios, aunque no le informaron sobre sus

implicaciones. Afirmó que no presentó objeción ni preocupación alguna al momento de firmar el formulario, pues el fondo privado fue presentado de manera atractiva, indicando: *“Pues, la verdad, de pronto era como todo tan bonito que lo presentaban, y que era nuevo, y que era innovador, y que los fondos privados iban a mostrar otras cosas que hasta el momento no existían. Que pues, llegaba uno, ahora dándose una cuenta, pues llegaba uno ahí como medio bastante ciego con relación a lo que en realidad uno iba a obtener con estos fondos de pensiones”*.

Sin embargo, el accionante fue claro en señalar que no le explicaron como funcionaba el fondo privado, sino que se limitaron a indicarle que era ventajoso, que era un nuevo modelo y que iba a generar utilidades. También sostuvo que no se le informaron los requisitos para acceder a la pensión, ni lo que sucedería con sus aportes en caso de fallecimiento. Además, señaló que no se le mencionó el derecho al retracto y que, en la actualidad, su deseo de trasladarse nuevamente se debe a que *“no le contaron desde el principio cómo eran las reglas del juego”*.

De la anterior declaración es posible colegir que al demandante se le brindó alguna información sobre las ventajas del RAIS. No obstante, de su declaración no se desprende que se le haya informado sobre las desventajas de este régimen, ni tampoco que se le hubiese expuesto las ventajas y desventajas del Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPMPD), lo cual resulta indispensable para acreditar el cumplimiento del deber de información.

Es por ello que, del análisis del interrogatorio de parte del demandante, no se acredita ninguno de los elementos para considerar que se reunieron los requisitos del artículo 191 numeral segundo, para ser considerado como medio de prueba de confesión.

De otra parte, se procede a analizar la afirmación del *a quo* referente a que del interrogatorio de parte se generaban indicios en los términos del artículo 242 del Código general del proceso, considerándolos suficientes para demostrar que se cumplió con el deber de información. Al respecto esta Colegiatura precisa que el juez olvida que el mencionado artículo 242 contempla con toda claridad que los indicios deben ser apreciados en conjunto y de forma relacionada con las demás pruebas del proceso. En igual sentido, el artículo 176 de la norma referida, establece que las pruebas deben analizarse en conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica. De suerte que los indicios deben estar acompañados de otros medios que apunten a la misma conclusión.

En estas circunstancias, vale la pena precisar que *“para que se configure la prueba indiciaria se requiere el hecho indicador (que debe acreditarse en el proceso) y la*

inferencia extraída de este acerca de una situación distinta (hecho indicado), la cual realiza el juzgador.”(CSJ SC3140-2019).

Teniendo en cuenta lo anterior, el juzgador de primera instancia erró al considerar que las manifestaciones vagas de los temas sobre los cuales el demandante admitió le fueron informados, eran suficientes para considerar que efectivamente se había brindado información suficiente, inclusive sobre aquellas materias respecto de los cuales el deponente no admitió que le fueron explicadas por parte del asesor comercial. Conclusión a la cual llegó el juez sin soportarse en otro medio de prueba distinto a los indicios, lo que a la postre desfiguró la naturaleza de la prueba indiciaria y llevó al sentenciador a un raciocinio errado, al tener por acreditados hechos que no se encontraban demostrados.

En este contexto, resulta esencial y de gran relevancia mencionar el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024. Por lo cual, se ha de recordar que, en esta decisión, el máximo tribunal constitucional delineó una serie de reglas para el análisis probatorio relacionado con los casos de ineficacia del traslado de los afiliados que cambiaron de régimen pensional al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad entre los años 1993 y 2009. Sobre este aspecto, se dispuso que tales procesos deben regirse exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y el Código General del Proceso, con el objetivo de garantizar el debido proceso. Estas directrices comprenden varias pautas esenciales:

Primero, el juez debe evaluar si el afiliado comprendía las consecuencias de su traslado al (RAIS), conforme a lo dispuesto en los artículos 13 de la Ley 100 de 1993 y 97 del Decreto 663 de 1993. Esto incluye verificar si los asesores de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) informaron adecuadamente sobre los riesgos asociados, las posibilidades de realizar cotizaciones adicionales, las consecuencias de no reunir el capital mínimo requerido para la pensión, la garantía de la pensión mínima y la devolución de saldos.

Asimismo, el juez debe permitir y considerar todas las pruebas necesarias, pertinentes y conducentes, ya sean solicitadas por las partes o requeridas de oficio, conforme al artículo 161 del CGP. Estas pruebas pueden comprender declaraciones, confesiones, testimonios, peritajes, inspecciones judiciales, documentos e indicios.

Además, las pruebas documentales deben ser evaluadas en conjunto con las demás pruebas del expediente. Por ejemplo, los formularios de afiliación, que suelen contener

declaraciones sobre la decisión libre y espontánea del traslado, no son suficientes por sí solos para absolver a las demandadas.

En ausencia de pruebas directas, el juez puede recurrir a interrogatorios para esclarecer las circunstancias en que se prestó, o no, la información relevante. Los testimonios de personas que recibieron asesoría conjunta pueden ser fundamentales para determinar la veracidad de los hechos alegados.

Las pruebas indiciarias también deben ser analizadas en conjunto con otros elementos probatorios, de acuerdo con los artículos 176 y 242 del CGP.

Aunque la inversión de la carga de la prueba no debe ser una regla obligatoria, el juez puede, de manera excepcional, invertir la carga de la prueba en casos donde el demandante se encuentre en la imposibilidad de probar los hechos que sustentan sus pretensiones. Esta medida se fundamenta en el artículo 167 del CGP y en la necesidad de proteger al afiliado de una imposición desproporcionada de cargas probatorias que vulneren su derecho al debido proceso y acceso a la justicia.

De este modo, no desconoce este cuerpo colegiado que la Sentencia SU-107 de 2024, señaló que la inversión de la carga probatoria para demostrar el suministro de información en el traslado del régimen pensional es una medida excepcional y no puede aplicarse como regla general, ya que ello afectaría la autonomía del juez en la valoración de las pruebas. No obstante, la Sala itera que, contrario a lo manifestó por el juzgador de instancia, en el expediente no existe un solo elemento de convicción distinto al formulario de afiliación que demuestre que la AFP Invertir hoy Porvenir S.A. dio información transparente y completa a al accionante sobre las características de ambos regímenes pensionales y las implicaciones inherentes de pertenecer a uno u otro al momento en que el demandante suscribió el formulario de afiliación.

En este punto vale la pena mencionar que, para la fecha en que el demandante se trasladó al RAIS, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer período definido por la Corte Suprema desde la sentencia SL1452-2019, en el cual debía brindar información suficiente y transparente que permitiera al potencial afiliado elegir libre y voluntariamente el régimen pensional que mejor se ajustara a sus intereses. Esto, en los términos del literal b del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97, numeral 1, del Decreto 663 de 1993, y según lo dispuesto en la línea jurisprudencial desarrollada por la Corte.

Dicho deber implicaba ilustrar las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos no solo del régimen de ahorro individual, sino también del régimen de prima media. De este modo, para la fecha del traslado del demandante las administradoras de fondos de

pensiones estaban obligadas a brindar información clara y oportuna sobre las condiciones y consecuencias del cambio de régimen. Empero, aunque la entidad demandada afirmó haber proporcionado la información requerida, no existe prueba alguna que lo demuestre. Por lo tanto, contrario a lo indicado por el a quo, el análisis probatorio permite concluir que el demandante no recibió información comparativa entre los regímenes pensionales, lo que evidencia una vulneración al deber de información.

Todo lo anterior, conduce a esta Colegiatura a revocar la decisión proferida por el sentenciador de primera instancia, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado que efectuó el demandante el 17 de junio de 1994.

De igual forma, se observa en el certificado SIAFP de Asofondos obrante a folio 73 del archivo 07 del expediente digital, que el 01 de enero de 2014 se efectuó un traslado por operación comercial de cesión por fusión entre fondos, con destino a Porvenir S.A., actual administradora; e inclusive, en la casilla “*vinculaciones migradas de Mareigua para CC: 79120718*” se evidencia otro traslado horizontal de la AFP Invertir a la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A. el 01 de octubre de 1996. Por tanto, también se declararán ineficaces los posteriores traslados horizontales que se efectuaron dentro del RAIS.

Lo anterior en virtud de la postura que de vieja data ha acogido el órgano vértice de nuestra jurisdicción, referente la no convalidación de la ineficacia inicial por los traslados horizontales que se efectúen con posterioridad, y la asunción de las consecuencias de la ineficacia por parte de todas las administradoras del RAIS. Posición que se subsume en Sentencia SL2877-2020 con Radicación No. 78667 del 29 de julio de 2020, con ponencia de la H. Magistrada Dr. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, donde se dijo:

“Precisamente en un asunto similar, esta Sala de Casación estableció que «la actuación viciada de traslado del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual, no se convalida por los traslados de administradoras dentro de este último régimen; ciertamente, la decisión de escoger entre una y otra administradora de ahorro individual, no implica la ratificación de la decisión de cambio de régimen que conlleva modificar sensiblemente el contenido de los derechos prestacionales» (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989).

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

De los valores a devolver:

Continuando con el análisis, procede este órgano colegiado a analizar los valores que deben ser trasladados al fondo común administrado por Colpensiones. Para tal propósito, en primera medida, esta Sala debe indicar que la jurisprudencia emitida por parte de la CSJ, al referirse a los efectos de la ineficacia, como la sentencia SL 1535 del 10 de mayo de 2022 señaló que *“es pertinente recordar que se contraen a la devolución de todos los dineros que el fondo hubiera recibido, entre otros, por concepto de las cotizaciones y los bonos pensionales —si fuere el caso—, además de los rendimientos financieros que se hubieren causado, y las cuotas de administración, pues no puede trasladarse una suma inferior a la realmente ahorrada. Lo anterior, bajo la ficción jurídica de que el actor nunca se movió al RAIS o, lo que es igual, que siempre estuvo afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones.”*

Sin embargo, tampoco se puede pasar por alto lo que sobre este tema ha indicado la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024, **que es de obligatorio cumplimiento para los operadores judiciales**, que, en cuanto al principio de sostenibilidad financiera, indicó en los casos en que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, sólo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual. Señaló además que no es factible ordenar el traslado de los valores pagados por concepto de primas de seguros de seguros previsionales, gastos de administración y porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, ni tampoco que dichos valores fueran reconocidos de forma indexada, señalando textualmente: *“En suma, ni las primas de seguros, los gastos de administración, o el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ya sea de forma individual, combinada o indexada son susceptibles de devolución o traslado al configurar situaciones que se consolidaron en el tiempo y que no se pueden retrotraer por el simple hecho de declarar la ineficacia del traslado pensional.”*

La Corte Constitucional, en los acápites de consideraciones de su decisión, en primer lugar, expuso que, en relación con las modalidades de devolución, la Corte aclaró que, materialmente, a pesar de que se declare la ineficacia del traslado, no es posible retrotraer al afiliado al día previo al traslado. Solamente es susceptible de traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y, si se ha pagado, el valor de un bono pensional. Esto se debe a que no toda la cotización es apta para ser trasladada, ya que el aporte se desglosa en primas de seguros, gastos de administración y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Además, no sería posible devolver los aportes voluntarios realizados por el afiliado mientras estuvo en el RAIS, ya que estos implicaron beneficios tributarios para la declaración de renta, la compra de acciones u otro tipo de inversiones, constituyendo situaciones que se consolidaron en el tiempo.

En segundo lugar, respecto a las primas de seguros y el riesgo que estas amparan, la Corte recordó que, mes a mes, se paga el respectivo seguro para cubrir el riesgo de invalidez o

muerte. En la Sentencia SU-313 de 2020, se explicó que de la cotización obligatoria del 16%, la Administradora de Fondos Pensionales debe destinar un 11,5% a la cuenta individual del afiliado, un 1,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y un 3% al financiamiento de los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. El seguro previsional que contratan las administradoras del RAIS debe ser colectivo y pagarse obligatoriamente, garantizando así la cobertura adecuada en caso de invalidez o muerte.

En cuanto a los gastos de administración, aunque no se tiene un pronunciamiento expreso en pensiones, la Corte ha sostenido que es legítimo desde el punto de vista constitucional que los particulares que participan en el sistema general de seguridad social en salud sean recompensados por los gastos de administración en los que incurren, siempre y cuando no se afecte el derecho fundamental de los usuarios a un servicio de calidad, oportuno y eficiente. Esta misma lógica se aplica a los gastos de administración en pensiones, los cuales tienen un impacto incluso en la determinación del fondo al que pertenece un afiliado. En la Sentencia T-266 de 2023, la Corte protegió los derechos de una afiliada a la que se le negó el traslado por no estar en el aplicativo de traslados, operando en este caso la figura de la afiliación tácita.

Por otro lado, en la Sentencia C-687 de 2017, la Corte analizó una demanda de inconstitucionalidad que cuestionaba la contribución al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, alegando que dicha financiación no era retribuida al afiliado y constituía un enriquecimiento sin causa. Aunque la Corte se declaró inhibida, destacó que la cotización en el RAIS no sólo nutre la cuenta de ahorro individual, sino también un componente de solidaridad, siendo así reconocidas numerosas pensiones de vejez bajo la Garantía de Pensión Mínima.

Por los anteriores argumentos, esta Sala de decisión ha adoptado esta nueva postura, entendiendo que, con la declaración de ineficacia, la AFP deberá devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, los ahorros de la cuenta individual del afiliado, los rendimientos financieros y el bono pensional, dejando atrás cualquier criterio anterior. Por consiguiente, se ordenará a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A que efectúe el traslado de dichos valores con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones.

De igual forma se ordenará a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a aceptar el traslado de los aportes que efectuará la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A; activar la afiliación de la accionante, como si

nunca se hubiera trasladado de régimen pensional; y actualizar la información de la historia laboral del actor materializándola en semanas cotizadas.

De la pensión de vejez:

Finalmente, respecto la pensión de vejez solicitada en el escrito de la demanda, en primera medida esta Colegiatura encuentra que dicho pedimento no se mencionó en la fijación del litigio realizada por el juez de primera instancia, frente a la cual no se expresó inconformidad por parte del apoderado del accionante.

En segunda media, cabe recordar que el reconocimiento de la pensión de vejez no es automático, por el contrario, debe mediar la presentación de una solicitud a la Administradora de Fondo de Pensiones a la que se encuentre vinculado, y es a partir de la fecha de radicación de la solicitud de reconocimiento que el fondo tiene 4 meses para pronunciarse sobre la misma, conforme a lo señalado en el artículo 7 del Decreto 510 de 2013, hoy contenido en el artículo 2.2.8.1.1 del Decreto 1833 de 2016² ***“por medio del cual se compilan las normas del Sistema General de Pensiones.”***

En este orden de ideas, no reposa prueba en el plenario de que el demandante hubiese solicitado a Colpensiones la pensión de vejez. Aunado lo anterior, según se desprende de la cédula de ciudadanía obrante a folio 75 del archivo 01 del expediente digital, el señor José Manuel Medina Basto nació el 11 de junio de 1962, por lo tanto, a la fecha de presentación de la demanda (01 de junio de 2022, según acta de reparto No. 10892 visible en el archivo 02 expediente digital), el impulsor de la litis no contaba con la edad para acceder a la pensión de vejez, de manera que dicha pretensión resultaba anticipada.

De igual forma, en caso de que se hubiese elevado la solicitud pensional, es claro que la entidad no contaba con los recursos correspondientes a los aportes pensionales del demandante, así como tampoco tenía una historia laboral fehaciente que le permitiera determinar el número de semanas efectivamente cotizadas. Por consiguiente, en ese momento, según la situación fáctica y de acuerdo al referido artículo 2.2.8.1.1 del Decreto 1833 de 2016, no era procedente el estudio de la pensión.

² ***Artículo 2.2.8.1.1. Acreditación de la documentación requerida como requisito para el trámite de la pensión. Para los efectos del parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, la obligación de los fondos encargados de reconocer la pensión, dentro del término legal establecido, procederá una vez se presente la solicitud de reconocimiento junto con la documentación requerida para acreditar el derecho, a través de la cual se aprueben los presupuestos de hecho y de derecho de la norma que confiere la respectiva prestación de vejez, de invalidez o de sobrevivientes. (...).***

En virtud de lo anterior, la Sala se abstiene de emitir pronunciamiento alguno frente a la pensión solicitada en el líbello introductor, precisando que esto no es óbice para que posteriormente el promotor de este juicio eleve la solicitud pensional ante la entidad.

Excepción De Prescripción

Como quiera que, por las resultas del proceso en primera instancia no fue abordada, procede este órgano colegiado a estudiar la excepción de prescripción propuesta por las enjuiciadas.

En este sentido, para resolver la misma basta con recordar la postura de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia que se encuentra subsumida en la sentencia SL3179-2023, en la cual se puntualizó: *“En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).”*

Precisando además este Tribunal, que de vieja data el órgano vértice de la jurisdicción ordinaria laboral ha indicado que el estudio de la prescripción no puede efectuarse de forma aislada, sin considerar los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento, y sin tener presente que el fin último de la declaratoria de ineficacia es posteriori accedo a la pensión, siendo este un derecho de carácter inalienable. (SL1421-2019 y SL1688-2019).

En este orden de ideas y siguiendo los lineamientos jurisprudenciales del máximo órgano de la jurisdicción laboral, se declara no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas.

En los anteriores términos queda resuelto el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante.

COSTAS

Sin costas o agencias en derecho en esta instancia, las de primera instancia estarán a cargo de la parte demandada.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: Revocar la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá el 25 de junio de 2024.

SEGUNDO: Declarar la Ineficacia del traslado realizado por el accionante José Manuel Medina Basto, el día 17 de junio de 1994, del Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado en su momento por el otrora Instituto de los Seguros Sociales hoy por la Administradora Colombiana De Pensiones – Colpensiones, al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad administrado en ese entonces por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Invertir Organismo Cooperativo, hoy por la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A; así como los posteriores traslados horizontales que se hubiesen efectuado, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: Condenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones los ahorros de la cuenta individual del afiliado, los rendimientos financieros y el bono pensional en caso de que haya sido redimido. Todo conforme a la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: Ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a aceptar el traslado de los aportes que efectuará la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A; activar la afiliación del accionante, como si nunca se hubiera trasladado de régimen pensional; y actualizar la información de la historia laboral del actor materializándola en semanas cotizadas. Todo conforme a la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: Declarar No Probada la excepción de **prescripción** propuesta por las enjuiciadas, conforme a la parte considerativa de este fallo.

SEXTO: Absolver a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. de las demás pretensiones invocadas en su contra, conforme a la parte considerativa de este fallo.

SÉPTIMO: Sin costas o agencias en derecho en esta instancia, las de primera instancia estarán a cargo de la parte demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized 'R' and 'O' that loop together, with several vertical strokes in the middle.

RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado

A handwritten signature in black ink, consisting of a large, sweeping 'R' followed by a series of loops and a long, trailing stroke.

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado

A handwritten signature in black ink, featuring a large, stylized 'J' and 'G' that loop together, with several vertical strokes in the middle.

JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



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

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL promovido por la NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. - NUEVA EPS S.A. contra la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL – ADRES. Radicación No. 11001-31-05-029-**2018-00133-01**.

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticinco (2025); se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022; con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada contra la sentencia del 27 de mayo de 2024 proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C. y conocer en grado jurisdiccional de consulta en favor de la ADRES.

Prevía deliberación de los Magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

La demandante Nueva Empresa Promotora de Salud S.A. (en adelante Nueva EPS), por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la demandada antes referida para que se declare como responsable del pago de las obligaciones que impone el Sistema General de Seguridad Social (en adelante SGSS) derivadas de la prestación de los servicios de salud que no están cubiertos por la unidad de pago por capitación – UPC del plan de beneficios en salud – PBS, y que fueron suministrados por la Nueva EPS en cumplimiento de los fallos de tutela proferidos por los jueces de la República.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a la demandada al reembolso de los valores pagados por los servicios de salud en un valor de \$310.024.082 por concepto de 86 recobros que corresponden a 86 ítems o servicios que se individualizan en el numeral 5.2. de acápite de pretensiones de la demanda. También solicita que se condene a la demandada al pago de \$31.002.408 correspondiente al 10% de gastos administrativos inherentes a la gestión y manejo de las prestaciones excluidas del POS o no financiadas por Unidad de Pago

por Capitalización -UPC de conformidad con lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 1438 de 2011; el pago de intereses moratorios causados sobre cada uno de los valores reclamados, contados a partir de la fecha de comunicación de la auditoría integral de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto Ley 1281 de 2002; cualquier otro perjuicio acreditado en el expediente; y las costas y agencias en derecho.

De forma subsidiaria, en caso de no conceder la condena al pago de intereses moratorios, solicita que se condene a la demandada al pago de la indexación de las sumas reconocidas en la sentencia.

En respaldo de sus pretensiones, en síntesis, manifiesta que actuando como entidad promotora de salud (EPS) entregó servicios, medicamentos, procedimientos e insumos NO PBS los cuales fueron debidamente pagados a los diferentes prestadores a nivel nacional. Que con ocasión de lo anterior, radicó los correspondientes recobros ante el Fosyga, hoy Adres, los cuales fueron rechazados. Refiere que el 5 de octubre de 2017 presentó reclamación administrativa ante el Adres por la suma de \$310.024.082 por el no pago de 86 recobros por prestaciones de servicios no PBS, sin que a la fecha de presentación de la demanda se haya obtenido respuesta alguna.

Actuación procesal

La demanda fue presentada el 12 de marzo de 2018 y le correspondió su conocimiento al Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá de conformidad con el acta individual de reparto (archivo 06). El juzgado de conocimiento rechazó por competencia la presente acción y ordenó su remisión a la Superintendencia Nacional de Salud mediante auto del 17 de abril de 2018 (archivo 07). Con auto del 15 de junio de 2018 la Superintendencia de Salud propuso el conflicto negativo de competencia (archivo 09), motivo por el cual tuvo conocimiento del proceso la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura quien dirimió el conflicto de jurisdicciones y asignó la competencia del proceso de la referencia al Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá mediante providencia del 6 de marzo de 2019 (fol. 7 archivo PDF 1, cuaderno C03Sala Disciplinaria).

Remitido el expediente nuevamente al Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 2 de mayo de 2019 resolvió remitir el expediente a los juzgados administrativos del circuito de Bogotá (archivo 12). Cumplido lo anterior, se asignó el presente proceso al Juzgado Sesenta y Dos Administrativo del Circuito de Bogotá, el que mediante auto del 19 de junio de 2019 propuso el conflicto negativo de competencia con el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá. Conoció del conflicto de competencia la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura quien mediante auto del 16 de septiembre de 2019 asignó la competencia del proceso de la referencia al Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá (fol. 6 archivo PDF 2, cuaderno C03Sala Disciplinaria).

Posteriormente, mediante auto del 15 de noviembre de 2019, el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá resolvió obedecer y cumplir lo resuelto por el superior y en la misma providencia inadmitió la demanda otorgando un término de 5 días para subsanar las falencias enlistadas. Subsanaada y admitida la demanda con auto del 12 de marzo de 2020, el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá ordenó notificar a la demandada, así como a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado (archivo 18). Cumplido lo anterior, la demandada contestó la demanda en los términos del archivo 21 del expediente digital, teniéndose por contestada la demanda mediante auto del 2 de septiembre de 2021 (archivo 23).

Sentencia de primera instancia

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 27 de mayo de 2024 resolvió lo siguiente:

“PRIMERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES a reconocer y pagar a favor de la NUEVA EPS la suma de DOSCIENTOS TRECE MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y NUEVE MIL CIENTO VEINTISIETE PESOS (\$213.549.127) por concepto del cobro suministro de salud no incluidos en el POS, hoy PBS, tal como se indicó en la parte motiva del presente proceso (56 recobros)

RADICADO FOSYGA	Valor de Recobro
107574860	4.163.000
107624500	4.761.000
107693546	2.850.000
107737923	4.761.000
107737974	2.850.000
107747120	3.469.167
107747127	4.163.000
107747240	2.850.000
107747271	4.761.000
107747332	4.761.000
107747396	2.850.000
108022872	2.500.000
108066087	3.784.000
108103973	2.500.000
108115733	3.784.000
108229654	3.250.000
108296022	693.800
108317193	4.163.000
108317209	4.700.000
108317210	4.163.000
108329204	4.163.000
108329238	4.163.000
108338661	3.200.000
108338669	2.500.000
108338720	4.163.000
108338754	4.163.000
108338783	4.163.000

108338795	2.500.000
108338796	4.163.000
108370126	4.163.000
108370127	3.250.000
108374152	4.700.000
108377379	4.163.000
108379585	4.163.000
108384722	3.784.000
108384723	3.784.000
108389374	4.163.000
108913201	4.699.980

109065473	4.699.980
109398556	3.300.000
109412844	4.761.000
109412950	2.539.200
109413382	3.300.000
109490031	2.500.000
110114839	4.761.000
110631484	2.500.000
111248380	4.761.000
111360470	4.700.000
111544631	4.761.000
122834325	4.163.000
122834332	4.163.000
122834364	4.163.000
122834365	4.163.000
122834366	4.163.000
122834370	4.163.000
122834372	4.163.000
TOTAL	\$ 213.549.127

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-, a reconocer a la NUEVA EPS, los intereses moratorios que se causaron, respecto de las sumas adeudadas. Los cuales, deberán calcularse desde los dos meses siguientes a la radicación de los recobros, hasta la data efectiva del pago.

RADICADO FOSYGA	FECHA RADICACION FACTURA		FECHA NOTIFICACION	FECHA EN QUE SE GENERAN INTERESES
107574860	12/11/2014		25/03/2015	24/05/2015
107624500	17/10/2014		25/03/2015	24/05/2015
107693546	08/08/2014		25/03/2015	24/05/2015
107737923	17/10/2014		25/03/2015	24/05/2015
107737974	20/10/2014		25/03/2015	24/05/2015
107747120	18/11/2014		25/03/2015	24/05/2015
107747127	12/11/2014		25/03/2015	24/05/2015
107747240	20/08/2014		25/03/2015	24/05/2015
107747271	18/09/2014		25/03/2015	24/05/2015
107747332	20/10/2014		25/03/2015	24/05/2015
107747396	20/10/2014		25/03/2015	24/05/2015
108022872	17/05/2013		23/04/2015	22/06/2015

108066087	16/04/2014		23/04/2015	22/06/2015
108103973	19/08/2014		23/04/2015	22/06/2015

108115733	13/12/2013		23/04/2015	22/06/2015
108229654	14/05/2014		23/04/2015	22/06/2015
108296022	04/11/2014		23/04/2015	22/06/2015
108317193	05/11/2014		23/04/2015	22/06/2015
108317209	05/12/2014		23/04/2015	22/06/2015
108317210	05/11/2014		23/04/2015	22/06/2015
108329204	05/11/2014		23/04/2015	22/06/2015
108329238	05/11/2014		23/04/2015	22/06/2015
108338661	13/11/2014		23/04/2015	22/06/2015
108338669	20/10/2014		23/04/2015	22/06/2015
108338720	05/11/2014		23/04/2015	22/06/2015
108338754	12/11/2014		23/04/2015	22/06/2015
108338783	05/11/2014		23/04/2015	22/06/2015
108338795	20/10/2014		23/04/2015	22/06/2015
108338796	12/11/2014		23/04/2015	22/06/2015
108370126	19/06/2014		23/04/2015	22/06/2015
108370127	19/06/2014		23/04/2015	22/06/2015
108374152	19/05/2014		23/04/2015	22/06/2015
108377379	12/08/2014		23/04/2015	22/06/2015
108379585	18/11/2014		23/04/2015	22/06/2015
108384722	16/01/2014		23/04/2015	22/06/2015
108384723	16/01/2014		23/04/2015	22/06/2015
108389374	06/01/2015		23/04/2015	22/06/2015
108913201	17/07/2014		23/06/2015	22/08/2015
109065473	17/07/2014		17/07/2015	15/09/2015
109398556	05/12/2014		17/07/2015	15/09/2015
109412844	02/12/2014		17/07/2015	15/09/2015
109412950	05/12/2014		17/07/2015	15/09/2015
109413382	10/11/2014		17/07/2015	15/09/2015
109490031	12/12/2014		17/07/2015	15/09/2015
110114839	16/01/2015		10/08/2015	09/10/2015
110631484	12/06/2014		03/09/2015	02/11/2015
111248380	16/01/2015		05/10/2015	04/12/2015
111360470	19/11/2014		05/10/2015	04/12/2015

111544631	16/01/2015		05/10/2015	04/12/2015
122834325	20/03/2016		13/12/2016	11/02/2017
122834332	20/04/2016		13/12/2016	11/02/2017
122834364	07/04/2016		13/12/2016	11/02/2017
122834365	07/04/2016		13/12/2016	11/02/2017
122834366	13/04/2016		13/12/2016	11/02/2017
122834370	20/04/2016		13/12/2016	11/02/2017
122834372	03/05/2016		13/12/2016	11/02/2017

TERCERO: -. CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-, a reconocer y pagar a la NUEVA EPS los gastos de administración de que trata el artículo 23 de la ley 1438 de 2011 por valor de \$21.354.912 , suma que deberá ser indexada al momento de su pago según IPC certificado por el DANE.

CUARTO: -. ABSOLVER a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD -ADRES-, al pago de los recobros con radicado FOSYGA 107576541, 107685249, 107685384, 1081035454.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES incluyendo como agencias en derecho la suma de 2 salarios mínimos legales vigentes.

SEXTO: ABSOLVER a la demandada de la indexación solicitada

SEPTIMO: - CONSULTESE con el Honorable Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral caso de no ser apelada la decisión”.

Para adoptar la anterior decisión, la juez indicó que en la sentencia T-760 de 2008 la Corte Constitucional indicó que el derecho al recobro surge por tratarse de un pago realizado por la EPS al que no se encuentra obligada ni legal ni reglamentariamente y que le acarrearía la falta de flujo en los recursos y por ende una afectación en la sostenibilidad financiera, ya que los dineros que recibe a título de unidad de pago por capitación - UPC deben destinarse exclusivamente costear los servicios del plan obligatorio de salud – POS; por tanto, aquellos dineros destinados a servicios ajenos al POS deben ser reembolsados por el Estado como garante del goce efectivo del derecho a la salud.

Considerando lo anterior, entendió que la Nueva EPS pretende que se condene a la demandada al reconocimiento y pago de los valores pagados por los servicios no POS, como un reembolso por valor inicial de \$310.024.082 correspondiente a 86 recobros destinados a la cobertura de salud de diferente usuarios; al pago de la indexación; intereses moratorios y las costas del proceso.

Con relación a los recobros, precisó que no existía reparo alguno frente al trámite administrativo que se adelantó por parte de la nueva EPS de forma oportuna ante la entidad correspondiente; indicando, en relación con la glosas, que las mismas hacen referencia a tecnologías en salud correspondientes a tratamiento psiquiátricos, bien sea de hospitalización o de medicamentos. Resaltó que dentro de las pruebas se encuentra un dictamen pericial, el cual constituye una de las principales pruebas para determinar si hay o no lugar al pago solicitado. Con relación al mismo encontró que cumple con lo dispuesto en la norma para la presentación y validez de estas pruebas, además resaltó que se practicó un interrogatorio de parte al perito, con el cual se demostró su idoneidad.

Ahora bien, con relación al método aplicado y las conclusiones del dictamen, la juez encontró que, pese a que en la demanda inicial se solicitó el pago de 86 recobros, lo cierto es que con

posterioridad hubo un desistimiento frente a algunos de ellos, situación que también fue aclarada por el perito en su interrogatorio, evidenciando de esta manera que el estudio realizado en el dictamen fue realmente minucioso y tuvo en cuenta todas las circunstancias del pleito, incluso aquellas sobrevinientes a la presentación de la demanda. También indicó que hubo algunos recobros que sí hacían parte del POS, por lo tanto, dichos pagos no podían ser reclamados a través de este proceso; en total, encontró que, entre los valores desistidos y aquellos que hacían parte del POS, se encontraba un total de 30 recobros cuyo pago no sería objeto de la condena.

Considerando lo anterior, condenó a la demandada al reconocimiento y pago de 56 recobros correspondientes a aquellos servicios frente a los cuales se acreditó que no hacían parte del POS y que fueron prestados por la Nueva EPS por un valor de \$213.549.127.

Aclarado lo anterior, la a quo abordó el estudio de la ex opción de prescripción propuesta por la demandada y aclaró que el Consejo de Estado en sentencia del 30 de enero de 2014 dentro del radicado No. 25000-23-24-000-2007-0099-01 reiterada el 31 de agosto de 2015 consideró sobre el término de prescripción de las facturas que al tratarse de una relación cambiaria, la prescripción es de 3 años y surge en el momento en el que el tenedor legítimo de un título legítimo no obtiene de forma voluntaria el pago de las obligaciones allí consignadas. De esta forma, explicó que la reclamación administrativa interrumpe el término prescriptivo y en el presente asunto la demanda fue presentada el 15 de marzo de 2018, y la reclamación administrativa se presentó el 5 de octubre de 2017, por lo que se tomará esta fecha como aquella en la cual se interrumpió la prescripción. Explicó que algunos recobros sobre los que era dable aplicar el fenómeno de la prescripción fueron desistidos por la demandante, motivo por el cual no había lugar a aplicar la prescripción.

Con relación a los intereses moratorios, explicó que la Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado en este tipo de procesos, entre otras, en las sentencias SL197-2021 con radicación 82075 del 19 de mayo de 2021 y SL2772 de 2021 en las que dispuso que la condena por intereses moratorios frente a las facturas que no fueron pagadas en el momento oportuno o cuando las glosas presentadas resulten infundadas es procedente. Por este motivo, condenó a la demandada al pago de los intereses moratorios a partir de los 2 meses siguientes a la radicación, precisando que dicha condena no puede darse de forma conjunta con la indexación.

Por último, con relación a los gastos de administración solicitados en la demanda, consideró que los mismos eran procedentes como quiera que de conformidad con lo dispuesto en la Ley 432 de 2011 los mismos corresponden al 10% de los gastos en que incurrió la entidad para prestar los servicios en salud.

Recurso de Apelación

El apoderado de la **demandada** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia indicando, en primer lugar, que la a quo omitió los argumentos expuestos por la demandada teniendo en cuenta que, conforme a los medios de prueba aportados, se evidenció el incumplimiento de los requisitos previstos por la ley o el reglamento que da como resultado la imposición de una glosa, demostrándose de este modo que las solicitudes objeto de la litis desconocen los requisitos previstos para su presentación al trámite de auditoría para que los mismos fueran aprobados o pagados.

Sostiene que el despacho de primera instancia tuvo en cuenta el dictamen pericial, pero no tuvo en cuenta las demás pruebas como lo es el apoyo técnico, que consiste en el resultado de la auditoría integral realizada por el ente auditor; el cual cumple con criterios médicos, jurídicos y financieros, y para la ADRES es importante que el operador judicial realice un estudio minucioso de ese documento adicional a realizar un estudio de las imágenes que fueron aportadas por ambas partes, para no respaldar la sentencia de forma exclusiva en el dictamen pericial, pues a modo de ejemplo, cuando se interrogó al perito si advirtió cuáles pagos habían sido pagados parcial o totalmente por parte de la ADRES, manifestó que ningún recobro tenía estado de aprobado ni parcial ni total, lo cual no coincide con el apoyo técnico allegado al despacho; porque se evidencia que algunos recobros presentan el estado de aprobado, tal cual como se evidencia en la columna G del apoyo técnico.

Adicionalmente, refiere que es necesario realizar un análisis sobre las glosas impuestas por el ente auditor, pues dicho rechazo o no aprobación no se realiza de manera caprichosa, pues en primer lugar, tiene métodos jurídicos, médicos y financieros y, en segundo lugar, al tratarse de una glosa POS (actualmente PBS) ya se encuentra financiada a través de la UPC, y en ese sentido no se puede realizar un doble pago. Es preciso determinar que se deben estudiar las imágenes y se debe tener en cuenta que las glosas objeto del caso son las glosas únicas de extemporaneidad y glosas combinadas, las cuales no fueron aprobadas por no cumplir con los requisitos establecidos en la normatividad. Precisa que el reconocimiento y pago de los servicios no incluidos en el PBS se realiza mediante una auditoría integral a los recobros presentados por la EPS demandante, y estos deben garantizar que la información sea completa, clara, cierta, oportuna, verificable, comprensible, útil, actualizada y consistente, y el incumplimiento de estos requisitos conlleva a la presentación de glosas a los recobros.

Sostiene, en su recurso, que la resolución 5395 de 2013 estableció los requisitos esenciales para la auditoría integral, los cuales fueron desarrollados en el manual de auditoría integral de recobros; que en el mismo sentido, la resolución 3951 de 2016 detalla requisitos esenciales para la auditoría como la existencia del usuario, la no cobertura en el PBS, la prescripción del profesional de la salud, la prestación efectiva del servicio, el reconocimiento por el Fosyga y la presentación por el término establecido. Sin embargo, no realiza ninguna profundización o aclaración frente a las anteriores afirmaciones.

Finalmente, frente a los intereses de mora, manifiesta que fue solo a través de este fallo que se logra determinar el derecho controvertido sobre la exigibilidad del recobro, por lo que solicita que si hay lugar al pago de los recobros, solo sea a partir de la ejecutoria de la sentencia en que se podría incurrir en mora dentro del proceso.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Con auto del 21 de agosto de 2024 se admitió el recurso de apelación y se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por el recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Aunque como se condenó a la ADRES también se examinará la sentencia en consulta en lo desfavorable a esta entidad, de acuerdo con lo establecido en el inciso tercero del artículo 69 del CPT y de la SS, como quiera que se trata de un organismo descentralizado de la Rama Ejecutiva del orden nacional; en ese sentido, se revisarán las condenas impuestas en cuanto impliquen afectación económica a dicha entidad, sin restricciones de ninguna índole.

Aunado a lo anterior, la Sala debe precisar que tanto la Corte Constitucional (CC A389-2021) como la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (AL5540 de 2022) han señalado que la jurisdicción contencioso administrativa debe conocer de conflictos como el que aquí se ventila (SL1939 de 2024). Sin embargo, en este proceso la Sala Jurisdiccional Disciplinaria del Consejo Superior de la Judicatura resolvió, en dos oportunidades, el conflicto negativo de competencias suscitado dentro del trámite, y mediante las providencias de fecha 6 de marzo de 2019 (fol. 7 archivo PDF 1, cuaderno C03SalaDisciplinaria) y del 16 de septiembre de 2019 (fol. 6 archivo PDF 2, cuaderno C03SalaDisciplinaria) asignó el conocimiento de este proceso a la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral y de la seguridad social.

Así las cosas, la Sala se ceñirá a lo definido en su oportunidad por el Consejo Superior de la Judicatura, en tanto se trata de una decisión en firme que asignó competencia en forma definitiva, inmodificable e inmutable a esta jurisdicción (CSJ STL235-2023 y AL2971 de 2024). Variar lo resuelto a esta altura de la actuación podría comprometer el derecho al debido proceso de las partes y afectaría el principio de confianza legítima en las instituciones, además del correcto y eficiente acceso a la administración de justicia.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos a resolver consisten en: i) dilucidar si, desde la perspectiva jurídica, la a quo se equivocó al condenar a la Administradora de los Recursos del Sistema de Seguridad Social en Salud – Adres, a sufragar en favor de la Nueva EPS lo atinente a 56 recobros por la suma de \$213.549.127, al considerar que los servicios allí prestados estaban excluidos del POS, hoy PBS; ii) establecer si es procedente aplicar el fenómeno de la prescripción frente a alguno de los pagos condenados en primera instancia correspondientes a 56 recobros; iii) determinar si hay lugar al pago de intereses moratorios de la forma en que lo señaló la a quo en su sentencia; y iv) decidir si es procedente la condena por concepto de gastos de administración conforme a lo dispuesto en la Ley 1438 de 2011.

i) Del fenómeno de la prescripción.

Por razones metodológicas y atendiendo a los principios de celeridad y economía procesal que rigen el trámite de los procesos laborales, la Sala abordará en primer término el segundo problema jurídico, relacionado con la posible configuración del fenómeno de la prescripción respecto de los pagos reclamados en la demanda. Así mismo, sea este el momento para indicar que en armonía con lo previsto en el artículo 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el juez del trabajo goza de amplia facultad para valorar las pruebas según las reglas de la sana crítica, y tiene la potestad de apreciar con mayor peso aquellas que considere más idóneas para el esclarecimiento de los hechos debatidos. Ello implica que no se encuentra sujeto a una tarifa legal, salvo en los casos expresamente previstos por el ordenamiento jurídico, lo cual no ocurre en el presente asunto.

En ese contexto, esta Sala advierte que dentro del expediente obra un dictamen pericial que se refiere específicamente al análisis técnico de las glosas formuladas a las facturas objeto del recobro y que fue ordenado de oficio por la juez de primera instancia, así como otros documentos aportados por las partes. Si bien dicha prueba no resulta de obligatoria observancia para el fallador, en tanto constituye un criterio auxiliar conforme a lo dispuesto en el artículo 226 del Código General del Proceso, sí será objeto de valoración conjunta con los demás medios de prueba legalmente incorporados al expediente, a efectos de determinar, conforme a los principios de unidad de la prueba, libertad probatoria y sana crítica, la procedencia o no de las pretensiones formuladas en la demanda, máxime cuando el asunto que ahora ocupa la atención de la sala se estudia también en grado jurisdiccional de consulta.

Aclarado lo anterior, resulta pertinente reiterar la regla general prevista en el artículo 1º del CPT y de la SS, conforme a la cual los asuntos que son competencia de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral “*se tramitarán de conformidad con el presente Código*”, lo que implica la aplicación prioritaria de sus disposiciones procesales.

Igualmente, cabe dejar sentado que, para este momento procesal, no existe discusión alguna sobre la competencia del juez laboral, la cual fue definida de manera definitiva por el órgano competente, en ese entonces, que resolvió el conflicto negativo de competencia suscitado con

anterioridad. En ese contexto, cobra sentido y vigor la doctrina ampliamente decantada por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL4286-2022 citada en la sentencia SL1939 de 2024 con ponencia del Magistrado Jorge Prada Sánchez en la que precisó lo siguiente:

“La prescripción en materia laboral

Hace claridad la Corte en que el proceso ordinario laboral determina las reglas, normas procesales que rigen el procedimiento a seguir de tal manera que se regula de forma integral los aspectos propios del procedimiento y, solo ante vacíos u ausencia de regulación normativa de modo supletorio se puede acudir a normas de otros regímenes. (artículos 144 y 145 del CPTYSS)

En materia de prescripción, el precedente de la Corporación ha tenido la oportunidad de precisar que esta constituye una forma de extinguir las acciones y se configura cuando su titular no las ejercita durante cierto lapso de tiempo. Es decir, se configura como una sanción a la inactividad del acreedor en el reclamo, durante el tiempo respectivo, de las obligaciones que le pertenecen y pesan sobre el deudor Gaceta Judicial, Tomo CXXIX, n.º 2306-2308, pág. 513-522. (reiteradas en sentencias CSJ SL2501-2018 y 5159 -2020).

(...) Por ello, si en el tiempo señalado por la Ley el acreedor no ha hecho uso de su derecho se extingue el mismo y queda por tanto en imposibilidad jurídica de poder compeler al deudor en el cumplimiento de la obligación». Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, Sentencia de 27 de julio de 1990, Rad. 3816 Sección Primera.

(...)

Advierte la Corporación que en materia contractual es incuestionable que la prescripción extintiva se debe definir conforme la regulación propia del ordenamiento laboral y no del civil o de otra rama del derecho (CSJ rad. 19854, 30732 de 14 de agosto de 2007, Rad.41084 2 de agosto de 2011).

En resumen, la prescripción es un fenómeno que se justifica por razones de orden práctico y que exige que las relaciones jurídicas no permanezcan inciertas en el tiempo y se solucionen (CSJ SL, 2 may. 2003, rad. 19854). Y, en materia laboral, en la sentencia CC C-412-1997 se indicó que dicha institución jurídica tiene como finalidad «el establecimiento de un término para el ejercicio de la acción laboral concurrente con la función del Estado de garantizar la vigencia y efectividad del principio de seguridad jurídica. Resulta entonces congruente con dicho principio, el imponer límite a la existencia de conflictos para que estos no perduren indefinidamente, siendo resueltos por medios pacíficos entre patronos y trabajadores». (CSJ SL5259 -2020).”

En atención a lo anterior, es claro que las disposiciones aplicables en el presente asunto, con relación al fenómeno de la prescripción, no son otras sino los artículos 488 del CST y 151 del CPT y de la SS que establecen que las obligaciones que surgen con ocasión del CST tienen un periodo de prescripción de 3 años contados a partir del momento en que la misma se hace exigible. Así mismo, se debe tener en cuenta que en tratándose de facturas, las mismas resultan exigibles desde el momento de su expedición (SL749 de 2023); circunstancia que, en todo caso, no es materia de controversia entre las partes.

Sea lo primero decir que, aunque en el escrito inicial de la demanda se solicitó el pago de 86 recobros, lo cierto es que 26 de los mismos fueron objeto de desistimiento por la parte actora mediante memorial de fecha 28 de abril de 2022; así lo declaró la a quo en la audiencia del 29 de abril de 2022 en la cual fijó el litigio excluyendo del mismo cualquier controversia frente a los 26 recobros indicados en el archivo 31 del expediente digital. Cabe resaltar que contra el anterior auto las partes guardaron silencio en señal de conformidad, por lo que el mismo se encuentra legalmente ejecutoriado. Así mismo, se tiene que la a quo declaró que 4 de los recobros sí hacían parte del POS (los No. 11426, 13925, 13939 y 14488) por lo tanto debían excluirse de la condena pretendida, decisión frente a la cual la parte actora no presentó inconformidad alguna. De esta forma, se tiene que los recobros excluidos del presente litigio por las razones antes expuestas son los siguientes:

No.	N° DE RECOBRO	RADICADO FOSYGA	N° DE FACTURA	VALOR
1	50665	102521642	16789	2.945.000
2	112821	103260256	2252	1.640.366
3	83246	104314940	60621	4.700.000
4	83260	104314942	62572	4.700.000
5	83267	104314943	63744	4.700.000
6	6093	104897918	7334	3.200.000
7	6473	104897972	BCE0105722	2.500.000
8	6651	104897992	2788	4.163.000
9	5804	105001977	2798	3.250.000
10	1109294	105126520	BCE0097084	2.500.000
11	7676	105178090	BCE0106980	2.500.000
12	9105	105228488	2549	2.522.667
13	3735708	105405565	61869	158.700
14	8132	105408343	18291	2.850.000
15	3731962	105422245	2735	4.163.000
16	10530	105603293	58902	4.700.000
17	8076	105628974	2870	1.463.000
18	8329	105628988	2880	3.000.036
19	8684	105793822	2884	3.000.036
20	8883	105793830	2848	3.000.036
21	9086	105793835	2853	3.000.036
22	9571	105860801	2869	3.000.036
23	3749275	105869833	2876	3.000.036
24	3744753	105879989	BCE0096284	2.500.000
25	3748910	105880056	2508	3.784.000
26	3749372	106388191	2852	3.000.006

27	11426	107576541	76688	4.761.000
28	13925	107685249	18854	2.850.000
29	13939	107685384	3035	4.163.000
30	14488	108103545	77251	4.761.000

En consecuencia, el presente litigio se circunscribe al examen de los 56 recobros frente a los cuales la a quo profirió condena contra la parte demandada. No obstante, esta Sala considera que el análisis efectuado por la juzgadora de primera instancia no se ajusta plenamente a los postulados legales aplicables, en tanto, respecto de algunos de dichos recobros, resulta procedente declarar la configuración del fenómeno de la prescripción extintiva, por haber transcurrido el término trienal establecido para este tipo de acciones en materia laboral.

En efecto, se observa que la reclamación administrativa de las facturas objeto de cobro fue presentada el 5 de octubre de 2017, y frente a 17 de ellas, ya se había superado el término de tres años contados desde la fecha de su expedición o radicación, sin que mediara acto o reclamación ante la demandada para interrumpir válidamente la prescripción. Asimismo, consta que la demanda fue presentada el 12 de marzo de 2018, conforme se acredita en el acta individual de reparto, y que el auto admisorio fue notificado dentro del año siguiente. Bajo ese entendido, los siguientes recobros se encuentran afectados por el fenómeno extintivo de la prescripción, por lo que también se excluirán del presente debate:

No.	N° DE RECOBRO	RADICADO FOSYGA	N° DE FACTURA	VALOR	FECHA FACTURA DE VENTA	FECHA RADICACION FACTURA
1	1182088	107693546	17620	2.850.000	8/08/14	8/08/14
2	10459	107747240	18580	2.850.000	20/08/14	20/08/14
3	11687	107747271	76622	4.761.000	18/09/14	18/09/14
4	147415	108022872	BCE0085092	2.500.000	17/05/13	17/05/13
5	3765879	108066087	2361	3.784.000	16/04/14	16/04/14
6	3767652	108103973	BCE0109135	2.500.000	19/08/14	19/08/14
7	148479	108115733	2502	3.784.000	13/12/13	13/12/13
8	3839	108229654	2754	3.250.000	14/05/14	14/05/14
9	17482	108370126	2799	4.163.000	19/06/14	19/06/14
10	17488	108370127	2809	3.250.000	19/06/14	19/06/14
11	3755186	108374152	70524	4.700.000	19/05/14	19/05/14
12	18481	108377379	2879	4.163.000	12/08/14	12/08/14
13	3768870	108384722	2545	3.784.000	16/01/14	16/01/14
14	3768871	108384723	2540	3.784.000	16/01/14	16/01/14
15	14530	108913201	72830	4.699.980	17/07/14	17/07/14
16	3774367	109065473	72831	4.699.980	17/07/14	17/07/14
17	3779887	110631484	BCE0105721	2.500.000	12/06/14	12/06/14

Por otro lado, la Sala advierte una serie de particularidades que no pueden pasarse por alto y, que en el presente asunto, impiden que se ordene el pago frente a otros de los recobros solicitados en la demanda como se expone a continuación. Con relación al recobro No.16669 relacionado con los servicios de salud prestados al paciente Jorge Esteban Mayor Aguirre, se tiene que la justificación del recobro corresponde a la decisión adoptada dentro de una acción constitucional de tutela; sin embargo, al revisar la documental aportada, la Sala advierte que

la factura de venta No.3009 del 5 de noviembre de 2014 se emitió por el servicio de *“Paquete internación mensual paciente psiquiátrico”*, servicio este que no fue ordenado en el fallo de tutela proferido por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Cali el 22 de abril de 2008, en el cual se ordenó a la Nueva EPS autorizar la realización de las *“Terapias integrales (terapia física, terapia ocupacional, terapia de lenguaje, fonoaudiológica, psicológicas y otras) además de la educación especial e integración social, y el TAC CEEBRAL ordenado por el médico tratante”*. De manera que el servicio cuyo pago se solicita no fue objeto de una decisión judicial ni tampoco de un concepto emitido por el comité técnico científico, pues no se acreditó ninguna de estas circunstancias.

La anterior situación también se presenta con relación al recobro No. 13056 relacionado con servicios de salud prestados al mismo paciente antes mencionado, en virtud del cual se reclama el pago de los servicios registrados en la factura No.3057 por el servicio de *“Paquete internación mensual paciente psiquiátrico”*; fundamentando este servicio en la misma sentencia de tutela proferida por el Juzgado Dieciséis Penal del Circuito de Cali el 22 de abril de 2008. Por lo anterior, al no haberse ordenado tal servicio en la acción constitucional de referencia, no podrá ordenarse el pago de estos recobros.

Ahora bien, en relación con el recobro identificado con el No.15252, la Sala observa que este corresponde al pago de un servicio de salud prestado al usuario Miguel José Soto Arias, en cumplimiento de una orden judicial emitida mediante acción de tutela. No obstante, al examinar los documentos allegados junto con la factura No. 2992 del 5 de noviembre de 2014, se advierte que el fallo de tutela no fue aportado en su integridad conforme lo dispone el literal b) del artículo 11 de la resolución 548 de 2010, lo que impide verificar de manera completa el fundamento judicial que dio lugar a la prestación, circunstancia que imposibilita su valoración como sustento válido del recobro pretendido.

Así mismo, respecto de los recobros identificados con los radicados Nos. 38, 45, 77, 78, 79, 83 y 85, esta corporación advierte que si bien fueron allegadas carpetas junto con el escrito de la demanda por cada uno de los recobros mencionados, los documentos digitales que las integran no fueron aportados en un formato que permita su correcta visualización y análisis, lo cual impidió a la Sala efectuar el estudio de fondo sobre el contenido de dichas facturas. En tales condiciones, y ante la imposibilidad material de verificar los elementos mínimos requeridos para evaluar la procedencia de los recobros, no es posible emitir pronunciamiento de condena sobre los mismos. En atención a todo lo anteriormente expuesto, se excluirán del debate probatorio los siguientes recobros:

No.	N° DE RECOBRO	RADICADO FOSYGA	N° DE FACTURA	VALOR
1	13056	107574860	3057	4.163.000
2	16669	108329204	3009	4.163.000
3	15252	108338720	2992	4.163.000
4	38	122834325	3938	4.163.000

5	45	122834332	3934	4.163.000
6	77	122834364	3982	4.163.000
7	78	122834365	3992	4.163.000
8	79	122834366	4002	4.163.000
9	83	122834370	3959	4.163.000
10	85	122834372	3945	4.163.000

ii) **Sobre los servicios de salud presentados en las facturas reclamadas.**

Aclarado lo anterior, pasa la Sala a abordar el primer problema jurídico planteado, para lo cual se advierte que el asunto perseguido por la actora es el recobro de servicios no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud (POS), hoy Plan de Beneficios en Salud (PBS), los cuales asumió en calidad de entidad promotora de salud. De manera que el análisis se circunscribirá al estudio de las 29 facturas que no fueron excluidas de conformidad con las precisiones antes referidas, las cuales se enlistan a continuación:

No.	N° DE RECOBRO	RADICADO FOSYGA	N° DE FACTURA	VALOR
1	14269	107624500	77391	4.761.000
2	13474	107737923	77244	4.761.000
3	14246	107737974	18862	2.850.000
4	14387	107747120	2955	3.469.167
5	14439	107747127	3052	4.163.000
6	12362	107747332	70449	4.761.000
7	13737	107747396	18857	2.850.000
8	1182294	108296022	2800	693.800
9	16615	108317193	2994	4.163.000
10	16667	108317209	72832	4.700.000
11	16671	108317210	2996	4.163.000
12	16857	108329238	3006	4.163.000
13	13608	108338661	8086	3.200.000
14	14505	108338669	BCE0112273	2.500.000
15	15367	108338754	3039	4.163.000
16	15512	108338783	3013	4.163.000
17	15653	108338795	BCE0112274	2.500.000
18	15672	108338796	3041	4.163.000
19	18230	108379585	3066	4.163.000
20	15636	108389374	2919	4.163.000
21	21530	109398556	FE60678	3.300.000
22	17599	109412844	72886	4.761.000
23	22267	109412950	72872	2.539.200
24	22188	109413382	FE43513	3.300.000
25	21892	109490031	BCE0115382	2.500.000
26	38740	110114839	82556	4.761.000
27	89955	111248380	82088	4.761.000
28	12	111360470	71712	4.700.000
29	66280	111544631	81924	4.761.000

Conviene precisar que el artículo 218 de la Ley 100 de 1993 instituyó el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) como una cuenta especial adscrita al Ministerio de Salud, cuya finalidad es administrar, mediante encargo fiduciario, los recursos destinados a financiar el Sistema

General de Seguridad Social en Salud. Este fondo fue concebido como un mecanismo orientado a garantizar el acceso oportuno, eficiente y equitativo a los servicios de salud, tanto para los afiliados al sistema como para quienes se encuentren por fuera de él, en aras de asegurar la protección efectiva del derecho fundamental a la salud.

Así mismo, el artículo 219 *ibidem*, estructuró dicho fondo a partir de cuatro subcuentas independientes, a saber: a) de compensación interna del régimen contributivo; b) de solidaridad del régimen de subsidios en salud; c) de promoción de la salud y; d) del seguro de riesgos catastróficos y accidentes de tránsito. Igualmente, se debe señalar que, en virtud de lo dispuesto en la Ley 1753 de 2015, a partir del 1° de agosto de 2017, las funciones que venía desempeñando el Fondo de Solidaridad y Garantía (Fosyga) fueron asumidas por la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (Adres), entidad que actúa como su sucesora legal y procesal.

En ese orden de ideas, resulta pertinente precisar que el derecho al recobro por beneficios no incluidos en el Plan de Beneficios en Salud (PBS), anteriormente denominado Plan Obligatorio de Salud (POS), surge cuando una Entidad Promotora de Salud (EPS) realiza un desembolso con cargo a sus recursos, a pesar de no existir obligación legal o reglamentaria de asumir dicho gasto. Ello en consideración a que los montos que perciben estas entidades por concepto de la Unidad de Pago por Capitación (UPC), que es el valor *per cápita* que reconoce el Sistema General de Seguridad Social en Salud a cada una de estas entidades, están destinados exclusivamente a cubrir las prestaciones incluidas en el mencionado POS. Por tanto, cualquier erogación que exceda dicho marco legal genera, en principio, la posibilidad de recobro ante la administradora de los recursos del sistema.

Partiendo de lo anterior, se tiene que al revisar cada uno de los recobros antes mencionados, se tiene que el servicio prestado por la Nueva EPS a todos los pacientes consiste en *“Paquete internación mensual paciente psiquiátrico”*, *“internación en salud mental crónicos”* o *“internación en servicio complejidad media”* para pacientes que padecían de enfermedades como esquizofrenia indiferenciada, trastorno esquizoafectivo de tipo mixto, esquizofrenia paranoide, síndrome convulsivo, síndrome de Down, trastorno afectivo bipolar, demencia vascular, demencia en la enfermedad de Alzheimer, trastorno esquizoafectivo de tipo maniaco, entre otras, siendo todos paciente psiquiátricos.

Así mismo se tiene que frente a dichos recobros las glosas presentadas por la demandada fueron las siguientes: 1) *“la tecnología es salud autorizada u ordenada, prescrita, facturada y entregada se encuentra cubierta por el POS para la fecha de prestación del servicio”* y 2) *“la tecnología en salud recobrada está incluida en los planes de beneficios vigentes para la fecha de prestación”*; entendiéndose de esa manera que el argumento expuesto para no proceder con el reconocimiento y pago de las mismas consiste específicamente en que dichos servicios de internación se encontraban cubiertos por el POS, hoy PBS, para la fecha en que se presentaron los servicios.

Siendo ello así, con el propósito de establecer si esos servicios de internación objeto de la presente demanda se encontraban incluidos o no en el POS vigente para la calenda de la prestación de estos, es preciso destacar que la totalidad de los servicios que aquí se analizan fueron prestados entre el mes de septiembre de 2013 y el mes de diciembre de 2014. Para tal efecto, cabe mencionar que dentro del acervo probatorio obrante en el expediente, se encuentra el dictamen pericial rendido por el perito Fernando Quintero (archivo 51) el cual, en virtud de lo dispuesto por el artículo 226 del Código General del Proceso, constituye un criterio auxiliar de la actividad judicial que, si bien no resulta vinculante, puede ser valorado como elemento orientador en la formación del convencimiento del juez. En ese sentido, y dado que el presente asunto es objeto de análisis en sede del grado jurisdiccional de consulta, dicho dictamen deberá ser apreciado en conjunto con los demás medios de prueba recaudados, conforme a los principios de valoración integral, libre y razonada de la prueba, a efectos de determinar su fuerza persuasiva y su pertinencia frente a los hechos discutidos en esta actuación.

Con esto, de manera preliminar se debe indicar que de conformidad con la Organización Mundial de la Salud (OMS)¹, un trastorno mental se caracteriza por una alteración clínicamente significativa de la cognición, la regulación de las emociones o el comportamiento de un individuo. Por lo general, va asociado a angustia o a discapacidad funcional en otras áreas importantes y existen muchos tipos de trastornos mentales, denominados también problemas de salud mental, tales como trastornos de ansiedad, depresión, trastorno bipolar, de estrés postraumático, esquizofrenia, del comportamiento disruptivo y disocial, entre otros.

Considerando lo anterior, se tiene que en cada una de las facturas cuyo recobro se pretende, específicamente aquellas relacionadas con servicios ordenados por el comité técnico científico (CTC), se indicó que la internación de los pacientes psiquiátricos se considera necesaria cuando se debe efectuar un diagnóstico que no pueda realizarse en forma ambulatoria, así como cuando se necesite efectuar un plan de tratamiento con medicamentos y sesiones terapéuticas con el fin de estabilizar al paciente, evitando que el estado del paciente represente un riesgo de daño físico para sí mismo o para terceros. En virtud de lo anterior, los miembros del comité refirieron que a través de paquetes de internación intra-hospitalaria se busca garantizar la asistencia y atención interdisciplinaria para el paciente psiquiátrico, considerando pertinente la aprobación de dicho servicio por los pacientes atendidos y cuyos servicios practicados son objeto del presente litigio.

En un sentido similar se tiene que en cada una de las acciones de tutela que ordenaron la prestación de los servicios por parte de la Nueva EPS, se respaldó la decisión adoptada en lo ordenado por los médicos tratantes de cada uno de los pacientes, de manera que en cada uno

¹ Ver: <https://www.who.int/es/news-room/fact-sheets/detail/mental-disorders>, consultado el 23 de abril de 2025.

de los casos en los que se presentaron los servicios descritos en los recobros reclamados como paquetes de internación o internación en salud mental crónica se cuenta con un sustento médico que respalda los servicios practicados.

Respecto de este tipo de servicios, se tiene que el artículo 24 del Acuerdo 029 de 2011 *“Por el cual se sustituye el Acuerdo 028 de 2011 que define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud”* expedido por la Comisión de Regulación en Salud dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 24. INTERNACIÓN PARA MANEJO DE ENFERMEDAD EN SALUD MENTAL. En caso de que el trastorno o la enfermedad mental ponga en peligro la vida o integridad del paciente o la de sus familiares y la comunidad, o por prescripción específica del médico tratante, el Plan Obligatorio de Salud cubre la internación de pacientes con problemas y trastornos en salud mental hasta por 90 días, acorde con la prescripción del médico tratante y las necesidades del paciente. Sin perjuicio del criterio del médico tratante, el paciente con problemas y trastornos en salud mental, se manejará de preferencia en el programa de "internación parcial", según la normatividad vigente.

PARÁGRAFO. Los noventa (90) días podrán sumarse en una o más hospitalizaciones por año calendario”.

A su vez, el artículo 67 de la resolución 5521 de 2013 *“Por la cual se define, aclara y actualiza integralmente el Plan Obligatorio de Salud (POS)”*, dispone lo siguiente:

“ARTÍCULO 67. ATENCIÓN CON INTERNACIÓN EN SALUD MENTAL PARA LA POBLACIÓN GENERAL. EL POS cubre la internación de pacientes con trastorno o enfermedad mental de cualquier tipo durante la fase aguda de su enfermedad o en caso de que esta ponga en peligro su vida o integridad, la de sus familiares o la comunidad, En la fase aguda, la cobertura de la hospitalización podrá extenderse hasta 90 días, continuos o discontinuos por año calendario, En caso de que el trastorno o enfermedad mental ponga en peligro la vida o integridad del paciente, la de sus familiares o la comunidad, la cobertura de la internación será durante el periodo que considere necesario el o los profesionales tratantes.

Sin perjuicio del criterio del profesional tratante, el paciente con trastorno o enfermedad mental, se manejará de preferencia en el programa de internación parcial u hospital día, según la normatividad vigente y en servicios debidamente habilitados para tal fin.

PARÁGRAFO. Las coberturas especiales para personas menores de 18 años están descritas en el título IV del presente acto administrativo”.

Atendiendo las anteriores disposiciones, se procede a analizar cada uno de los 29 recobros antes mencionados, con el fin de establecer si los servicios allí solicitados corresponden a servicios que deben ser asumidos por la demandada. Para su estudio, la Sala considerará no solo el análisis efectuado por el perito que rindió el dictamen en primera instancia, sino también las demás pruebas obrantes en el expediente, particularmente las facturas y los anexos de cada una de ellas, así como el estudio técnico aportado por la demandada.

1. Recobro No. 14269 – 107624500

Con relación a este recobro, se tiene que el servicio prestado al paciente correspondió al “internación en salud mental crónicos” autorizado por el comité técnico científico (CTC). Este servicio se prestó por el periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2014 (30 días) de conformidad con lo indicado en la factura de venta No. 77391. En el análisis efectuado por el CTC se advierte que la internación del paciente resulta necesaria con el fin de efectuar un plan de tratamiento con medicamentos y sesiones terapéuticas para estabilizar al paciente, evitando que su estado represente un riesgo de daño físico para sí mismo o para terceros.

Sobre esta factura el dictamen ordenado por la a quo en primera instancia concluye que el servicio no se encuentra incluido en el POS, conclusión que comparte la Sala pues de las pruebas aportadas se logra evidenciar que el periodo reclamado excedió una internación de 90 días, ya que el paciente se encontraba hospitalizado desde el 1 de abril de 2014 y no puede olvidarse que de conformidad con las disposiciones antes referidas “*el Plan Obligatorio de Salud cubre la internación de pacientes con problemas y trastornos en salud mental hasta por 90 días*” de manera que, para que el servicio sea reconocido por el Adres se debe acreditar que la internación sobrepasa dicho término, y así aconteció con este recobro.

2. Recobro No. 13474 – 107737923

Con relación a este recobro, se tiene que el servicio prestado al paciente correspondió al “internación en salud mental crónicos” autorizado por el comité técnico científico (CTC). Este servicio se prestó por el periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2014 (30 días) de conformidad con lo indicado en la factura de venta No. 77244. En el análisis efectuado por el CTC se advierte que la internación del paciente resulta necesaria con el fin de efectuar un plan de tratamiento con medicamentos y sesiones terapéuticas para estabilizar al paciente, evitando que su estado represente un riesgo de daño físico para sí mismo o para terceros.

Sobre esta factura el dictamen ordenado por la a quo en primera instancia concluye que el servicio no se encuentra incluido en el PBS, conclusión que comparte la Sala pues de las pruebas aportadas se logra evidenciar que el periodo reclamado excedió una internación de

90 días, ya que el paciente se encontraba hospitalizado desde el 1 de abril de 2014 y no puede olvidarse que de conformidad con las disposiciones antes referidas “*el Plan Obligatorio de Salud cubre la internación de pacientes con problemas y trastornos en salud mental hasta por 90 días*” de manera que, para que el servicio sea reconocido por el Adres se debe acreditar que la internación sobrepasa dicho término, y así aconteció con este recobro.

3. Recobro No. 14246 – 107737974

Con relación a este recobro, se tiene que el servicio prestado al paciente correspondió al “intern. en servicio complejidad med.” autorizado por el comité técnico científico (CTC). Este servicio se prestó por el periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2014 (30 días) de conformidad con lo indicado en la factura de venta No. 18862. En el análisis efectuado por el CTC se advierte que la internación del paciente resulta necesaria con el fin de efectuar un plan de tratamiento con medicamentos y sesiones terapéuticas para estabilizar al paciente, evitando que su estado represente un riesgo de daño físico para sí mismo o para terceros.

Sobre esta factura el dictamen ordenado por la a quo en primera instancia concluye que el servicio no se encuentra incluido en el PBS, conclusión que comparte la Sala pues de las pruebas aportadas se logra evidenciar que el periodo reclamado excedió una internación de 90 días, ya que el paciente se encontraba hospitalizado desde el 2 de diciembre de 2012 y no puede olvidarse que de conformidad con las disposiciones antes referidas “*el Plan Obligatorio de Salud cubre la internación de pacientes con problemas y trastornos en salud mental hasta por 90 días*” de manera que, para que el servicio sea reconocido por el Adres se debe acreditar que la internación sobrepasa dicho término, y así aconteció con este recobro.

4. Recobro No. 14387 – 107747120 y Recobro No. 18230 – 108379585

Con relación a estos recobros, se tiene que el servicio prestado a la paciente correspondió al “paquete internación mensual paciente psiquiátrico” ordenado a través de un fallo de tutela el cual se aportó con el escrito de la demanda, se encuentra completo y legible; y ambos recobros corresponden a los servicios prestados a la misma paciente en dos meses diferentes. Este servicio se prestó por el periodo comprendido entre el 6 de agosto de 2014 y el 30 de agosto de 2014 (26 días) y posteriormente entre el 1 de octubre de 2014 y el 30 de octubre del mismo año de conformidad con lo indicado en las facturas de venta No.2955 y No.3066. En el fallo de tutela se ampararon los derechos fundamentales constitucionales de la paciente y se ordenó la prestación del servicio antes referido.

Sobre estas facturas el dictamen ordenado por la a quo en primera instancia concluye que el servicio no se encuentra incluido en el POS, sin embargo, de la historia laboral aportada con las facturas no se logra evidenciar que el periodo reclamado excedió una internación de 90 días, pues no puede olvidarse que de conformidad con las disposiciones antes referidas “*el*

Plan Obligatorio de Salud cubre la internación de pacientes con problemas y trastornos en salud mental hasta por 90 días” de manera que, para que el servicio sea reconocido por el Adres se debe acreditar que la internación sobrepasa dicho término, lo que no ocurrió con relación a este recobro. Con las imágenes aportadas por la parte actora con el escrito de la demanda, lo único que se puede concluir es que esta paciente recibió el servicio de internación en salud mental por 56 días en total, supuesto que permite concluir que el servicio se encontraba cubierto por el PBS. Por tanto, para la Sala no resulta procedente ordenar el pago de estos recobros solicitados.

5. Recobro No. 14439 – 107747127

Con relación a este recobro, se tiene que el servicio prestado al paciente correspondió al “paquete internación mensual paciente psiquiátrico” ordenado a través de un fallo de tutela el cual se aportó con el escrito de la demanda, se encuentra completo y legible. Este servicio se prestó por el periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2014 y el 31 de octubre de 2014 (30 días) de conformidad con lo indicado en la factura de venta No.3052. En el fallo de tutela se ampararon los derechos fundamentales constitucionales del paciente y se ordenó la prestación del servicio antes referido.

Sobre esta factura el dictamen ordenado por la a quo en primera instancia concluye que el servicio no se encuentra incluido en el POS, sin embargo, de la historia laboral aportada con la misma, así como con el recobro No. 106388191, el cual fue objeto de desistimiento, y las facturas de los mismos no se logra evidenciar que el periodo reclamado excedió una internación de 90 días, pues no puede olvidarse que de conformidad con las disposiciones antes referidas “*el Plan Obligatorio de Salud cubre la internación de pacientes con problemas y trastornos en salud mental hasta por 90 días*” de manera que, para que el servicio sea reconocido por el Adres se debe acreditar que la internación sobrepasa dicho término, lo que no ocurrió con relación a este recobro. Con las imágenes aportadas por la parte actora con el escrito de la demanda, lo único que se puede concluir es que este paciente recibió el servicio de internación en salud mental por 60 días en total (en los meses de junio y octubre de 2014), supuesto que permite concluir que el servicio se encontraba cubierto por el PBS. Por tanto, para la Sala no resulta procedente ordenar el pago de este recobro solicitado.

6. Recobro No. 12362 – 107747332

Con relación a este recobro, se tiene que el servicio prestado al paciente correspondió al “internación en salud mental crónicos” ordenado a través de un fallo de tutela el cual se aportó con el escrito de la demanda, se encuentra completo y legible. Este servicio se prestó por el periodo comprendido entre el 1 de abril de 2014 y el 30 de abril de 2014 (30 días) de conformidad con lo indicado en la factura de venta No. 70449. En el fallo de tutela se

ampararon los derechos fundamentales constitucionales del paciente y se ordenó la prestación del servicio antes referido.

Sobre esta factura el dictamen ordenado por la a quo en primera instancia concluye que el servicio no se encuentra incluido en el PBS, sin embargo, de la historia laboral aportada con la misma, así como de la información que se advierte con los recobros No. 104314940, 104314942 y 104314943 los cuales fueron objeto de desistimiento, y las facturas de los mismos no se logra evidenciar que el periodo reclamado excedió una internación de 90 días durante el año 2014, pues no puede olvidarse que de conformidad con las disposiciones antes referidas *“el Plan Obligatorio de Salud cubre la internación de pacientes con problemas y trastornos en salud mental hasta por 90 días”* de manera que, para que el servicio sea reconocido por el Adres se debe acreditar que la internación sobrepasa dicho término, lo que no ocurrió con relación a este recobro.

Con las imágenes aportadas por la parte actora con el escrito de la demanda, si bien se advierte que para los recobros No. 104314940, 104314942 y 104314943 se indicó que el paciente se encontraba internado desde el 1 de junio de 2011, no ocurre lo mismo para el servicio cuyo cobro se reclama a través del recobro No. 12362 – 107747332 en el que se registró como fecha de ingreso el 1 de abril de 2014, de manera que con las documentales aportadas no se logra establecer si durante los meses de enero a marzo de 2014 el paciente también recibió el servicio de internación, para poder establecer, de esta forma, que el servicio prestado durante el mes de abril objeto de reclamación excedió el periodo de 90 días para que deba ser cancelado por la Adres. En ese orden de ideas, no es posible reconocer el pago de este servicio solicitado. Lo único que se puede concluir, más allá de toda duda razonable, es que este paciente recibió el servicio de internación en salud mental por 30 días en total durante el año 2014, supuesto que permite concluir que el servicio se encontraba cubierto por el PBS.

7. Recobro No. 13737 – 107747396

Con relación a este recobro, se tiene que el servicio prestado al paciente correspondió al “INTERN. EN SERVICIO COMLEJIDAD MED” por orden médica que relaciona “internación mensual paciente psiquiátrico mes septiembre de 2014” ordenado a través de un fallo de tutela el cual se aportó con el escrito de la demanda, se encuentra completo y legible. Este servicio se prestó por el periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2014 (30 días) de conformidad con lo indicado en la factura de venta No. 18857. En el fallo de tutela se ampararon los derechos fundamentales constitucionales del paciente y se ordenó la prestación del servicio antes referido.

Sobre esta factura el dictamen ordenado por la a quo en primera instancia concluye que el servicio no se encuentra incluido en el PBS, conclusión que comparte la Sala pues de las pruebas aportadas se logra evidenciar que el periodo reclamado excedió una internación de

90 días, ya que el paciente se encontraba hospitalizado desde el 29 de noviembre de 2012 y no puede olvidarse que de conformidad con las disposiciones antes referidas “*el Plan Obligatorio de Salud cubre la internación de pacientes con problemas y trastornos en salud mental hasta por 90 días*” de manera que, para que el servicio sea reconocido por el Adres se debe acreditar que la internación sobrepasa dicho término, y así aconteció con este recobro.

8. Recobro No. 1182294 – 108296022

Con relación a este recobro, se tiene que el servicio prestado al paciente correspondió al “paquete internación mensual paciente psiquiátrico” ordenado a través de un fallo de tutela el cual se aportó con el escrito de la demanda, se encuentra completo y legible. Este servicio se prestó por el periodo comprendido entre el 1 de mayo de 2014 y el 31 de mayo de 2014 (30 días) de conformidad con lo indicado en la factura de venta No.3052. En el fallo de tutela se ampararon los derechos fundamentales constitucionales del paciente y se ordenó la prestación del servicio antes referido.

Sobre esta factura el dictamen ordenado por la a quo en primera instancia concluye que el servicio no se encuentra incluido en el PBS, sin embargo, de la historia laboral aportada con la misma, así como de la información que se advierte con los recobros No. 105228488, 105628988 los cuales fueron objeto de desistimiento y el No.108066087 declarado prescrito, y las facturas de los mismos no se logra evidenciar que el periodo reclamado excedió una internación de 90 días durante el año 2014, pues no puede olvidarse que de conformidad con las disposiciones antes referidas “*el Plan Obligatorio de Salud cubre la internación de pacientes con problemas y trastornos en salud mental hasta por 90 días*” de manera que, para que el servicio sea reconocido por el Adres se debe acreditar que la internación sobrepasa dicho término, lo que no ocurrió con relación a este recobro.

Con las imágenes aportadas por la parte actora con el escrito de la demanda, se advierte que para los recobros No. 105228488, 105628988 y 108066087 se indicó que el paciente se encontraba internado en los meses de julio y diciembre de 2013 y julio de 2014, de manera que con las documentales aportadas no se logra establecer si durante el año 2014 (además de los meses de mayo y julio) el paciente también recibió el servicio de internación, para poder establecer, de esta forma, que el servicio prestado durante el mes de mayo objeto de reclamación excedió el periodo de 90 días para que deba ser cancelado por la Adres. En ese orden de ideas, no es posible reconocer el pago de este servicio solicitado. Lo único que se puede concluir, más allá de toda duda razonable, es que este paciente recibió el servicio de internación en salud mental por 60 días en total durante el año 2014, supuesto que permite concluir que el servicio se encontraba cubierto por el PBS.

9. Recobro No. 16615 – 108317193 y No. 15367 – 108338754

Con relación a estos recobros, se tiene que el servicio prestado al paciente correspondió al “paquete internación mensual paciente psiquiátrico” ordenado a través de un fallo de tutela el cual se aportó con el escrito de la demanda, se encuentra completo y legible; y ambos recobros corresponden a los servicios prestados al mismo paciente en dos meses diferentes. Este servicio se prestó por el periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2014 (30 días) y posteriormente entre el 1 de octubre de 2014 y el 30 de octubre del mismo año de conformidad con lo indicado en las facturas de venta No.2994 y No.3039. En el fallo de tutela se ampararon los derechos fundamentales constitucionales de la paciente y se ordenó la prestación del servicio antes referido.

Sobre estas facturas el dictamen ordenado por la a quo en primera instancia concluye que el servicio no se encuentra incluido en el PBS, sin embargo, de la historia laboral aportada con las facturas no se logra evidenciar que el periodo reclamado excedió una internación de 90 días, pues no puede olvidarse que de conformidad con las disposiciones antes referidas “*el Plan Obligatorio de Salud cubre la internación de pacientes con problemas y trastornos en salud mental hasta por 90 días*” de manera que, para que el servicio sea reconocido por el Adres se debe acreditar que la internación sobrepasa dicho término, lo que no ocurrió con relación a este recobro.

Con las imágenes aportadas por la parte actora con el escrito de la demanda, se advierte que para los recobros No. 105880056 y 108384722 se indicó que el paciente se encontraba internado en los meses de noviembre y diciembre de 2013, de manera que con las documentales aportadas no se logra establecer si durante el año 2014 (además de los meses de septiembre y octubre) el paciente también recibió el servicio de internación, para poder establecer, de esta forma, que el servicio prestado durante los meses objeto de reclamación excedió el periodo de 90 días para que deba ser cancelado por la Adres.

En ese orden de ideas, no es posible reconocer el pago de este servicio solicitado. Lo único que se puede concluir, más allá de toda duda razonable, es que este paciente recibió el servicio de internación en salud mental por 60 días en total durante el año 2014, supuesto que permite concluir que el servicio se encontraba cubierto por el PBS.

10. Recobro No. 16667 – 108317209 y No. 66280 – 111544631

Con relación a estos recobros, se tiene que el servicio prestado a la paciente correspondió a “internación en salud mental crónicos”; el primero correspondiente al recobro No. 108317209 ordenado a través de una acción de tutela y, el segundo No. 111544631 ordenado a través del CTC. Ambos recobros corresponden a los servicios prestados a la misma paciente en dos meses diferentes. Este servicio se prestó por el periodo comprendido entre el 1 de junio de 2014 y el 30 de junio de 2014 (30 días) y posteriormente entre el 1 de diciembre de 2014 y el 31 de diciembre del mismo año (30 días) de conformidad con lo indicado en las facturas de venta No.72832 y No.81924. En el fallo de tutela se ampararon los derechos

fundamentales constitucionales de la paciente y se ordenó la prestación del servicio antes referido, mientras que en el análisis efectuado por el CTC se advierte que la internación de la paciente resulta necesaria con el fin de efectuar un plan de tratamiento con medicamentos y sesiones terapéuticas para estabilizar al paciente, evitando que su estado represente un riesgo de daño físico para sí mismo o para terceros.

Sobre estas facturas el dictamen ordenado por la a quo en primera instancia concluye que el servicio no se encuentra incluido en el PBS, sin embargo, de la historia laboral aportada con las mismas y las facturas, se advierte que para el año 2014 el paciente estuvo internado durante los meses de abril, mayo, junio y diciembre de 2014. Esta circunstancia conlleva a señalar que el servicio prestado a la paciente y registrado en la factura presentada con el recobro No. 16667 – 108317209 se encontraba incluido en el PBS, como quiera que el periodo reclamado no había excedido una internación de 90 días durante el año 2014, pues no puede olvidarse que de conformidad con las disposiciones antes referidas “*el Plan Obligatorio de Salud cubre la internación de pacientes con problemas y trastornos en salud mental hasta por 90 días*” de manera que, para que el servicio sea reconocido por el Adres se debe acreditar que la internación sobrepasa dicho término, lo que no ocurrió con relación a ese recobro.

Por el contrario, con relación al servicio prestado a la paciente y registrado en la factura presentada con el recobro No. 66280 – 111544631 se tiene que ese servicio sí excedió el término de 90 días durante el año 2014, por tanto, ese servicio no era parte del PBS, lo que comporta su reconocimiento por parte de la Adres.

11. Recobro No. 16671 – 108317210, No. 15672 – 108338796, y No. 15636 – 108389374

Con relación a estos recobros, se tiene que el servicio prestado al paciente correspondió al “paquete internación mensual paciente psiquiátrico” ordenado a través de un fallo de tutela el cual se aportó con el escrito de la demanda, se encuentra completo y legible; y los tres recobros corresponden a los servicios prestados al mismo paciente en tres meses diferentes. Este servicio se prestó por el periodo comprendido entre el 1 de agosto de 2014 al 30 de agosto de 2014 (30 días); entre el 1 de septiembre de 2014 y el 30 de septiembre de 2014 (30 días); y posteriormente entre el 1 de octubre de 2014 y el 30 de octubre del mismo año (30 días) de conformidad con lo indicado en las facturas de venta No.2919 y No.3039. En el fallo de tutela se ampararon los derechos fundamentales constitucionales de la paciente y se ordenó la prestación del servicio antes referido.

Sobre estas facturas el dictamen ordenado por la a quo en primera instancia concluye que el servicio no se encuentra incluido en el POS, sin embargo, de la historia laboral aportada con las facturas no se logra evidenciar que el periodo reclamado excedió una internación de 90 días, pues no puede olvidarse que de conformidad con las disposiciones antes referidas “*el Plan Obligatorio de Salud cubre la internación de pacientes con problemas y trastornos en*

salud mental hasta por 90 días” de manera que, para que el servicio sea reconocido por el Adres se debe acreditar que la internación sobrepasa dicho término, lo que no ocurrió con relación a este recobro. Con las imágenes aportadas por la parte actora con el escrito de la demanda, lo único que se puede concluir es que este paciente recibió el servicio de internación en salud mental por 90 días en total durante el año 2014, supuesto que permite concluir que el servicio se encontraba cubierto por el PBS. Por tanto, para la Sala no resulta procedente ordenar el pago de estos recobros solicitados.

12. Recobro No. 16857 – 108329238

Con relación a este recobro, se tiene que el servicio prestado a la paciente correspondió al “paquete internación mensual paciente psiquiátrico” ordenado a través de un fallo de tutela el cual se aportó con el escrito de la demanda, se encuentra completo y legible. Este servicio se prestó por el periodo comprendido entre el 1 de mayo de 2014 y el 31 de mayo de 2014 (30 días) de conformidad con lo indicado en la factura de venta No.3052. En el fallo de tutela se ampararon los derechos fundamentales constitucionales del paciente y se ordenó la prestación del servicio antes referido.

Sobre esta factura el dictamen ordenado por la a quo en primera instancia concluye que el servicio no se encuentra incluido en el POS, sin embargo, de la historia laboral aportada con la misma no se logra evidenciar que el periodo reclamado excedió una internación de 90 días, pues no puede olvidarse que de conformidad con las disposiciones antes referidas *“el Plan Obligatorio de Salud cubre la internación de pacientes con problemas y trastornos en salud mental hasta por 90 días”* de manera que, para que el servicio sea reconocido por el Adres se debe acreditar que la internación sobrepasa dicho término, lo que no ocurrió con relación a este recobro.

Con las imágenes aportadas por la parte actora con el escrito de la demanda, lo único que se puede concluir es que este paciente recibió el servicio de internación en salud mental por 30 días en total durante el año 2014, supuesto que permite concluir que el servicio se encontraba cubierto por el PBS. Por tanto, para la Sala no resulta procedente ordenar el pago de este recobro solicitado.

13. Recobro No. 13608 – 108338661

Con relación a este recobro, se tiene que el servicio prestado a la paciente correspondió al “paquete internación mensual paciente psiquiátrico” ordenado a través de un fallo de tutela el cual se aportó con el escrito de la demanda, se encuentra completo y legible. Este servicio se prestó por el periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2014 y el 31 de octubre de 2014 (30 días) de conformidad con lo indicado en la factura de venta No.8086. En el fallo de tutela se ampararon los derechos fundamentales constitucionales del paciente y se ordenó la prestación del servicio antes referido.

Sobre esta factura el dictamen ordenado por la a quo en primera instancia concluye que el servicio no se encuentra incluido en el POS, sin embargo, de la historia laboral aportada con la misma no se logra evidenciar que el periodo reclamado excedió una internación de 90 días, pues no puede olvidarse que de conformidad con las disposiciones antes referidas “*el Plan Obligatorio de Salud cubre la internación de pacientes con problemas y trastornos en salud mental hasta por 90 días*” de manera que, para que el servicio sea reconocido por el Adres se debe acreditar que la internación sobrepasa dicho término, lo que no ocurrió con relación a este recobro.

Con las imágenes aportadas por la parte actora con el escrito de la demanda, lo único que se puede concluir es que este paciente recibió el servicio de internación en salud mental por 30 días en total durante el mes de octubre del año 2014, supuesto que permite concluir que el servicio se encontraba cubierto por el PBS. Por tanto, para la Sala no resulta procedente ordenar el pago de este recobro solicitado.

14. Recobro No. 14505 – 108338669

Con relación a este recobro, se tiene que el servicio prestado a la paciente correspondió al “paquete internación mensual paciente psiquiátrico” ordenado a través de un fallo de tutela el cual se aportó con el escrito de la demanda, se encuentra completo y legible. Este servicio se prestó durante el mes de octubre de 2014 (30 días) de conformidad con lo indicado en la factura de venta No.BCE0112273. En el fallo de tutela se ampararon los derechos fundamentales constitucionales del paciente y se ordenó la prestación del servicio antes referido.

Sobre esta factura el dictamen ordenado por la a quo en primera instancia concluye que el servicio no se encuentra incluido en el POS, sin embargo, de la historia laboral aportada con la misma no se logra evidenciar que el periodo reclamado excedió una internación de 90 días, pues no puede olvidarse que de conformidad con las disposiciones antes referidas “*el Plan Obligatorio de Salud cubre la internación de pacientes con problemas y trastornos en salud mental hasta por 90 días*” de manera que, para que el servicio sea reconocido por el Adres se debe acreditar que la internación sobrepasa dicho término, lo que no ocurrió con relación a este recobro.

Con las imágenes aportadas por la parte actora con el escrito de la demanda, lo único que se puede concluir es que este paciente recibió el servicio de internación en salud mental por 30 días en total durante el mes de octubre del año 2014, supuesto que permite concluir que el servicio se encontraba cubierto por el PBS. Por tanto, para la Sala no resulta procedente ordenar el pago de este recobro solicitado.

15. Recobro No. 15512 – 108338783

Con relación a este recobro, se tiene que el servicio prestado a la paciente correspondió al “paquete internación mensual paciente psiquiátrico” ordenado a través de un fallo de tutela el cual se aportó con el escrito de la demanda, se encuentra completo y legible. Este servicio se prestó por el periodo comprendido entre el 1 de septiembre de 2014 y el 31 de septiembre de 2014 (30 días) de conformidad con lo indicado en la factura de venta No.3013. En el fallo de tutela se ampararon los derechos fundamentales constitucionales del paciente y se ordenó la prestación del servicio antes referido.

Sobre esta factura el dictamen ordenado por la a quo en primera instancia concluye que el servicio no se encuentra incluido en el POS, sin embargo, de la historia laboral aportada con la misma no se logra evidenciar que el periodo reclamado excedió una internación de 90 días, pues no puede olvidarse que de conformidad con las disposiciones antes referidas “*el Plan Obligatorio de Salud cubre la internación de pacientes con problemas y trastornos en salud mental hasta por 90 días*” de manera que, para que el servicio sea reconocido por el Adres se debe acreditar que la internación sobrepasa dicho término, lo que no ocurrió con relación a este recobro.

Con las imágenes aportadas por la parte actora con el escrito de la demanda, lo único que se puede concluir es que este paciente recibió el servicio de internación en salud mental por 30 días en total durante el mes de septiembre del año 2014, supuesto que permite concluir que el servicio se encontraba cubierto por el PBS. Por tanto, para la Sala no resulta procedente ordenar el pago de este recobro solicitado.

16. Recobro No. 15653 – 108338795

Con relación a este recobro, se tiene que el servicio prestado a la paciente correspondió al “paquete internación mensual paciente psiquiátrico” ordenado a través de un fallo de tutela el cual se aportó con el escrito de la demanda, se encuentra completo y legible. Este servicio se prestó en el mes de agosto de 2014 (30 días) de conformidad con lo indicado en la factura de venta No.BCE0112274. En el fallo de tutela se ampararon los derechos fundamentales constitucionales del paciente y se ordenó la prestación del servicio antes referido.

Sobre esta factura el dictamen ordenado por la a quo en primera instancia concluye que el servicio no se encuentra incluido en el POS, sin embargo, de la historia laboral aportada con la misma no se logra evidenciar que el periodo reclamado excedió una internación de 90 días, pues no puede olvidarse que de conformidad con las disposiciones antes referidas “*el Plan Obligatorio de Salud cubre la internación de pacientes con problemas y trastornos en salud mental hasta por 90 días*” de manera que, para que el servicio sea reconocido por el Adres se debe acreditar que la internación sobrepasa dicho término, lo que no ocurrió con relación a este recobro.

17. Recobro No. 21530 – 109398556 y Recobro No. 22188 – 109413382

Con relación a estos recobros, se tiene que el servicio prestado al paciente correspondió al “paquete internación mensual paciente psiquiátrico” ordenado a través de un fallo de tutela el cual se aportó con el escrito de la demanda, se encuentra completo y legible; y ambos recobros corresponden a los servicios prestados al mismo paciente en dos meses diferentes. Este servicio se prestó por el periodo comprendido entre el 1 de octubre de 2014 y el 30 de octubre de 2014 (30 días) y posteriormente entre el 1 de noviembre de 2014 y el 30 de noviembre del mismo año de conformidad con lo indicado en las facturas de venta No.43513 y No.60678. En el fallo de tutela se ampararon los derechos fundamentales constitucionales de la paciente y se ordenó la prestación del servicio antes referido.

Sobre estas facturas el dictamen ordenado por la a quo en primera instancia concluye que el servicio no se encuentra incluido en el PBS, sin embargo, de la historia laboral aportada con las facturas no se logra evidenciar que el periodo reclamado excedió una internación de 90 días, pues no puede olvidarse que de conformidad con las disposiciones antes referidas “*el Plan Obligatorio de Salud cubre la internación de pacientes con problemas y trastornos en salud mental hasta por 90 días*” de manera que, para que el servicio sea reconocido por el Adres se debe acreditar que la internación sobrepasa dicho término, lo que no ocurrió con relación a este recobro.

Con las imágenes aportadas por la parte actora con el escrito de la demanda, se advierte que para los recobros No. 21530 – 109398556 y Recobro No. 22188 – 109413382 se indicó que el paciente se encontraba internado en los meses de octubre y noviembre de 2014, de manera que con las documentales aportadas no se logra establecer si durante el año 2014 (además de los meses antes mencionados) el paciente también recibió el servicio de internación en otros meses diferentes, para poder establecer, de esta forma, que el servicio prestado durante los meses objeto de reclamación excedió el periodo de 90 días para que deba ser cancelado por la Adres.

En ese orden de ideas, no es posible reconocer el pago de este servicio solicitado. Lo único que se puede concluir, más allá de toda duda razonable, es que este paciente recibió el servicio de internación en salud mental por 60 días en total durante el año 2014, supuesto que permite concluir que el servicio se encontraba cubierto por el PBS.

18. Recobro No. 17599 – 109412844

Con relación a este recobro, se tiene que el servicio prestado al paciente correspondió al “internación en salud mental crónicos” autorizado por el comité técnico científico (CTC). Este servicio se prestó por el periodo comprendido entre el 1 de junio de 2014 y el 30 de junio de 2014 (30 días) de conformidad con lo indicado en la factura de venta No. 72886. En el análisis efectuado por el CTC se advierte que la internación del paciente resulta necesaria

con el fin de efectuar un plan de tratamiento con medicamentos y sesiones terapéuticas para estabilizar al paciente, evitando que su estado represente un riesgo de daño físico para sí mismo o para terceros.

Sobre estas facturas el dictamen ordenado por la a quo en primera instancia concluye que el servicio no se encuentra incluido en el POS, sin embargo, de la historia laboral aportada con las facturas no se logra evidenciar que el periodo reclamado excedió una internación de 90 días, pues no puede olvidarse que de conformidad con las disposiciones antes referidas “*el Plan Obligatorio de Salud cubre la internación de pacientes con problemas y trastornos en salud mental hasta por 90 días*” de manera que, para que el servicio sea reconocido por el Adres se debe acreditar que la internación sobrepasa dicho término, lo que no ocurrió con relación a este recobro. Con las imágenes aportadas por la parte actora con el escrito de la demanda, lo único que se puede concluir es que este paciente recibió el servicio de internación en salud mental por 90 días en total durante el año 2014, pues allí se indica que se encontraba internado desde el 1 de abril de 2014 supuesto que permite concluir que el servicio se encontraba cubierto por el PBS. Por tanto, para la Sala no resulta procedente ordenar el pago de estos recobros solicitados.

19. Recobro No. 22267 – 109412950

Con relación a este recobro, se tiene que el servicio prestado al paciente correspondió al “internación en salud mental crónicos” autorizado por el comité técnico científico (CTC). Este servicio se prestó por el periodo comprendido entre el 1 de junio de 2014 y el 30 de junio de 2014 (30 días) de conformidad con lo indicado en la factura de venta No. 72872. En el análisis efectuado por el CTC se advierte que la internación del paciente resulta necesaria con el fin de efectuar un plan de tratamiento con medicamentos y sesiones terapéuticas para estabilizar al paciente, evitando que su estado represente un riesgo de daño físico para sí mismo o para terceros.

Sobre estas facturas el dictamen ordenado por la a quo en primera instancia concluye que el servicio no se encuentra incluido en el POS, sin embargo, de la historia laboral aportada con las facturas no se logra evidenciar que el periodo reclamado excedió una internación de 90 días, pues no puede olvidarse que de conformidad con las disposiciones antes referidas “*el Plan Obligatorio de Salud cubre la internación de pacientes con problemas y trastornos en salud mental hasta por 90 días*” de manera que, para que el servicio sea reconocido por el Adres se debe acreditar que la internación sobrepasa dicho término, lo que no ocurrió con relación a este recobro.

Con las imágenes aportadas por la parte actora con el escrito de la demanda, lo único que se puede concluir es que este paciente recibió el servicio de internación en salud mental por 90 días en total durante el año 2014, pues allí se indica que se encontraba internado desde el 1 de abril de 2014 supuesto que permite concluir que el servicio se encontraba cubierto por el

PBS. Por tanto, para la Sala no resulta procedente ordenar el pago de estos recobros solicitados.

20. Recobro No. 21892 – 109490031

Con relación a este recobro, se tiene que el servicio prestado a la paciente correspondió al “paquete internación mensual paciente psiquiátrico” ordenado a través de un fallo de tutela el cual se aportó con el escrito de la demanda, se encuentra completo y legible. Este servicio se prestó en el mes de noviembre de 2014 (30 días) de conformidad con lo indicado en la factura de venta No.BCE0115382. En el fallo de tutela se ampararon los derechos fundamentales constitucionales del paciente y se ordenó la prestación del servicio antes referido.

Sobre esta factura el dictamen ordenado por la a quo en primera instancia concluye que el servicio no se encuentra incluido en el POS, sin embargo, de la historia laboral aportada con la misma no se logra evidenciar que el periodo reclamado excedió una internación de 90 días, pues no puede olvidarse que de conformidad con las disposiciones antes referidas “*el Plan Obligatorio de Salud cubre la internación de pacientes con problemas y trastornos en salud mental hasta por 90 días*” de manera que, para que el servicio sea reconocido por el Adres se debe acreditar que la internación sobrepasa dicho término, lo que no ocurrió con relación a este recobro.

Con las imágenes aportadas por la parte actora con el escrito de la demanda, lo único que se puede concluir es que este paciente recibió el servicio de internación en salud mental por 30 días en total durante el año 2014, supuesto que permite concluir que el servicio se encontraba cubierto por el PBS. Por tanto, para la Sala no resulta procedente ordenar el pago de este recobro solicitado.

21. Recobro No. 38740 – 110114839

Con relación a este recobro, se tiene que el servicio prestado al paciente correspondió al “internación en salud mental crónicos” autorizado por el comité técnico científico (CTC). Este servicio se prestó por el periodo comprendido entre el 1 de diciembre de 2014 y el 30 de diciembre de 2014 (30 días) de conformidad con lo indicado en la factura de venta No. 82556. En el análisis efectuado por el CTC se advierte que la internación del paciente resulta necesaria con el fin de efectuar un plan de tratamiento con medicamentos y sesiones terapéuticas para estabilizar al paciente, evitando que su estado represente un riesgo de daño físico para sí mismo o para terceros.

Sobre esta factura el dictamen ordenado por la a quo en primera instancia concluye que el servicio no se encuentra incluido en el PBS, sin embargo, de la historia laboral aportada con las facturas no se logra evidenciar que el periodo reclamado excedió una internación de 90

días, pues no puede olvidarse que de conformidad con las disposiciones antes referidas “*el Plan Obligatorio de Salud cubre la internación de pacientes con problemas y trastornos en salud mental hasta por 90 días*” de manera que, para que el servicio sea reconocido por el Adres se debe acreditar que la internación sobrepasa dicho término, lo que no ocurrió con relación a este recobro.

Con las imágenes aportadas por la parte actora con el escrito de la demanda, lo único que se puede concluir es que este paciente recibió el servicio de internación en salud mental por 30 días en total durante el año 2014, supuesto que permite concluir que el servicio se encontraba cubierto por el PBS. Por tanto, para la Sala no resulta procedente ordenar el pago de estos recobros solicitados.

22. Recobro No. 89955 – 111248380

Con relación a este recobro, se tiene que el servicio prestado al paciente correspondió al “internación en salud mental crónicos” autorizado por el comité técnico científico (CTC). Este servicio se prestó por el periodo comprendido entre el 2 de noviembre de 2014 y el 2 de diciembre de 2014 (30 días) de conformidad con lo indicado en la factura de venta No. 82088. En el análisis efectuado por el CTC se advierte que la internación del paciente resulta necesaria con el fin de efectuar un plan de tratamiento con medicamentos y sesiones terapéuticas para estabilizar al paciente, evitando que su estado represente un riesgo de daño físico para sí mismo o para terceros.

Sobre esta factura el dictamen ordenado por la a quo en primera instancia concluye que el servicio no se encuentra incluido en el PBS, sin embargo, de la historia laboral aportada con las facturas no se logra evidenciar que el periodo reclamado excedió una internación de 90 días, pues no puede olvidarse que de conformidad con las disposiciones antes referidas “*el Plan Obligatorio de Salud cubre la internación de pacientes con problemas y trastornos en salud mental hasta por 90 días*” de manera que, para que el servicio sea reconocido por el Adres se debe acreditar que la internación sobrepasa dicho término, lo que no ocurrió con relación a este recobro.

Con las imágenes aportadas por la parte actora con el escrito de la demanda, lo único que se puede concluir es que este paciente recibió el servicio de internación en salud mental por 85 días en total durante el año 2014, como quiera que se indicó que el paciente ingresó desde el 5 de septiembre de 2014, supuesto que permite concluir que el servicio se encontraba cubierto por el PBS. Por tanto, para la Sala no resulta procedente ordenar el pago de estos recobros solicitados.

23. Recobro No. 12 – 111360470

Con relación a este recobro, se tiene que el servicio prestado a la paciente correspondió al “internación en salud mental crónicos” ordenado a través de un fallo de tutela el cual se aportó con el escrito de la demanda, se encuentra completo y legible. Este servicio se prestó en el mes de mayo de 2014 (30 días) de conformidad con lo indicado en la factura de venta No.71712. En el fallo de tutela se ampararon los derechos fundamentales constitucionales del paciente y se ordenó la prestación del servicio antes referido.

Sobre esta factura el dictamen ordenado por la a quo en primera instancia concluye que el servicio no se encuentra incluido en el POS, sin embargo, de la historia laboral aportada con la misma no se logra evidenciar que el periodo reclamado excedió una internación de 90 días, pues no puede olvidarse que de conformidad con las disposiciones antes referidas *“el Plan Obligatorio de Salud cubre la internación de pacientes con problemas y trastornos en salud mental hasta por 90 días”* de manera que, para que el servicio sea reconocido por el Adres se debe acreditar que la internación sobrepasa dicho término, lo que no ocurrió con relación a este recobro.

Con las imágenes aportadas por la parte actora con el escrito de la demanda, lo único que se puede concluir es que este paciente recibió el servicio de internación en salud mental por 60 días en total durante el año 2014 si se considera que se encontraba internado desde el 1 de abril de 2014, supuesto que permite concluir que el servicio se encontraba cubierto por el PBS. Por tanto, para la Sala no resulta procedente ordenar el pago de este recobro solicitado.

En conclusión, se tiene que los únicos recobros que la parte actora presentó con la totalidad de los requisitos necesarios para su pago, que no se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción y que los servicios prestados no se encontraban incluidos en el PBS son los siguientes:

No.	N° DE RECOBRO	RADICADO FOSYGA	N° DE FACTURA	VALOR
1	14269	107624500	77391	4.761.000
2	13474	107737923	77244	4.761.000
3	14246	107737974	18862	2.850.000
4	13737	107747396	18857	2.850.000
5	66280	111544631	81924	4.761.000
TOTAL=				19.983.000

En los anteriores términos, se modificará la sentencia de primera instancia en cuanto ordenó el pago de 56 recobros por un valor total de \$213.549.127, y en su lugar, se condenará a la demandada al pago de \$19.983.000 por concepto de los recobros antes mencionados. En este punto, cabe resaltar que, aunque el apoderado de la demandada indicó en el recurso de apelación que la a quo no advirtió que algunos de los recobros tenían el estado de “aprobado” en la columna G del resumen consolidado de glosas aportado con el escrito de la contestación de la demanda, la Sala debe advertir que, una vez verificados cada uno de los recobros antes mencionados y que son objeto de condena en esta instancia se advierte que todos tiene el

estado de "no aprobado"; luego entonces, no hay lugar a realizar alguna modificación adicional por dicho aspecto.

iii) **Sobre los intereses moratorios.**

En cuanto al tercer problema jurídico, esto es la causación de los intereses moratorios solicitados ha de indicarse de manera preliminar que el artículo 7 del Decreto 1281 de 2002, que se refiere a estos prevé lo siguiente:

“Artículo 7º. Trámite de las cuentas presentadas por los prestadores de servicios de salud. Además de los requisitos legales, quienes estén obligados al pago de los servicios, no podrán condicionar el pago a los prestadores de servicios de salud, a requisitos distintos a la existencia de autorización previa o contrato cuando se requiera, y a la demostración efectiva de la prestación de los servicios.

Cuando en el trámite de las cuentas por prestación de servicios de salud se presenten glosas, se efectuará el pago de lo no glosado.

Si las glosas no son resueltas por parte de la Institución Prestadora de Servicios de Salud, IPS, en los términos establecidos por el reglamento, no habrá lugar al reconocimiento de intereses, ni otras sanciones pecuniarias.

En el evento en que las glosas formuladas resulten infundadas el prestador de servicios tendrá derecho al reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la factura, reclamación o cuenta de cobro”. (Subrayado de la Sala).

Así las cosas, los intereses moratorios proceden solo si, adicionalmente, las solicitudes de reembolso hubieren sido presentadas dentro de los seis meses a la prestación de los servicios, al tenor de lo previsto en la Resolución 3797 de 2004 emitida por el entonces Ministerio de la Protección Social «Por la cual se reglamentan los Comités Técnico – Científicos y se establece el procedimiento de recobro ante el Fondo de Solidaridad y Garantía, Fosyga por concepto de suministro de medicamentos, no incluidos en el Plan Obligatorio de salud y, de fallos de tutela», (CSJ SL1970-2021) la que en su artículo 13, consagró lo siguiente:

“Artículo 13. Término para estudiar la procedencia y el pago de las solicitudes de recobro. El Ministerio de la Protección Social o la entidad que se defina para tal efecto, deberá adelantar el estudio de la solicitud de recobro e informar a la entidad reclamante el resultado del mismo, a más tardar dentro de los dos (2) meses siguientes a su radicación.

Como resultado del estudio, las solicitudes de recobro podrán ser objeto de rechazo, devolución, aprobación condicionada o aprobación para pago.

Las solicitudes de recobro presentadas oportunamente y en debida forma, que tengan como resultado aprobación para pago, deberán pagarse dentro del plazo señalado en el presente artículo”.

Ahora, aun cuando la mencionada Resolución 3797 de 2004 fue posteriormente derogada por las Resoluciones 2933 de 2006 y 3099 de 2008, esta última modificada por las Resoluciones 3754 y 5033 de 2008, 4377 de 2010 y, 1089 y 2064 de 2011, en todas ellas se mantuvo el plazo de pago de dos meses conforme se consagró desde la primera Resolución 3797 de 2004, como se expuso por la Corte, en la mencionada decisión CSJ SL1970-2021 y reiterada en la SL1415 de 2024.

Partiendo de lo anterior procede el reconocimiento de los intereses moratorios a la tasa establecida para los tributos administrados por la DIAN, pero solamente respecto de los siguientes recobros:

No.	N° DE RECOBRO	RADICADO FOSYGA	N° DE FACTURA	VALOR	Fecha de prestación del servicio	FECHA DE RADICACIÓN	PROCEDENCIA INTERESES	FECHA PROCEDENCIA DE INTERESES
1	14269	107624500	77391	4.761.000	9/09/14	15/01/15	SI PROCEDEN	15/03/15
2	13474	107737923	77244	4.761.000	1/09/14	15/01/15	SI PROCEDEN	15/03/15
3	14246	107737974	18862	2.850.000	1/09/14	15/01/15	SI PROCEDEN	15/03/15
4	13737	107747396	18857	2.850.000	30/09/14	15/01/15	SI PROCEDEN	15/03/15
5	66280	111544631	81924	4.761.000	31/12/14	15/07/15	NO PROCEDEN	NO PROCEDEN

Conforme con lo expuesto, se ordenará el pago de los intereses moratorios 2 meses después desde la fecha de radicación de cada uno de los citados recobros como se puede ver en el cuadro atrás anexo. Del mismo modo se ordenará la indexación únicamente para el recobro No. 66280 - 111544631, debido a que este fue presentado por fuera de los 6 meses contados a partir de la fecha en que se prestó el servicio, actualización que deberá liquidarse desde la fecha de reclamación y hasta la data de su pago.

iv) Sobre los gastos de administración conforme a lo dispuesto en la Ley 1438 de 2011.

Finalmente, con relación al reconocimiento de los gastos administrativos inherentes a la gestión y manejo de las prestaciones excluidas del PBS, sea lo primero decir que esta pretensión se solicitó con base en lo dispuesto en el artículo 23 de la Ley 1438 de 2011, el que dispone que el Gobierno Nacional fijará el porcentaje de gasto de administración de las entidades promotoras de Salud con base en criterios de eficiencia, estudios actuariales y criterios técnicos, precisando que dicho factor no podrá superar el 10% de la UPC. Frente a esto, es importante resaltar que dicha norma no regula el reconocimiento de gastos

administrativos para el evento que aquí se estudia, esto es el recobro de facturas por servicios no contemplados en el PBS, por tanto no es la norma aplicable.

En todo caso, tampoco se demostró que exista una disposición normativa específica que autorice, en los casos como el presente, la procedencia automática o razonable del pago equivalente al 10% del valor de los recobros declarados. Por el contrario, acceder a tal solicitud implicaría imponer al Sistema General de Seguridad Social en Salud una carga desproporcionada y carente de respaldo legal.

Considerando lo anterior, y de conformidad con lo dispuesto en el artículo 167 del CGP, aplicable en materia laboral por remisión expresa del artículo 145 del CPT y de la SS, corresponde a las partes acreditar los supuestos de hecho que respaldan las normas jurídicas en las cuales se fundan sus pretensiones o excepciones. La omisión de esta carga probatoria conduce, necesariamente, a la desestimación de la respectiva pretensión.

En este sentido, debe indicarse que en el presente asunto no se acreditaron los presuntos gastos administrativos en los que incurrió o pudo incurrir la demandante por la gestión de los prestaciones excluidas del PBS. Por lo anterior, al no existir un respaldo fáctico o jurídico que permita proferir condena en favor de la demandante, se absolverá a la demandada de esta pretensión, lo que conlleva a que se revoque la condena de primera instancia en cuanto a este aspecto, pues la a quo se limitó a calcular el 10% de las condenas impuestas, lo que de ninguna manera acredita que ese valor corresponde a los gastos de administración en los cuales verdaderamente pudo incurrir la parte actora.

Así queda resuelto el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandada y el grado jurisdiccional de consulta en favor de la ADRES.

COSTAS

Sin condena en costas ni agencias en derecho en esta instancia como quiera que el recurso interpuesto prosperó. Se confirman las costas de primera instancia.

DECISIÓN

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: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción propuesta por la demandada ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL

DE SEGURIDAD SOCIAL – ADRES conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral primero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de mayo de 2024 dentro del proceso promovido por la NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. - NUEVA EPS S.A. contra la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL – ADRES en cuanto condenó a la demandada a reconocer y pagar en favor de la NUEVA EPS la suma de \$213.549.127 por concepto del cobro de suministro de salud no incluidos en el POS, hoy PBS, con ocasión de 56 recobros, para en su lugar condenar a la demandada al pago de \$19.983.000 por el mismo concepto en atención a 5 recobros que se enlistan a continuación, todo conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia:

No.	N° DE RECOBRO	RADICADO FOSYGA	N° DE FACTURA	VALOR
1	14269	107624500	77391	4.761.000
2	13474	107737923	77244	4.761.000
3	14246	107737974	18862	2.850.000
4	13737	107747396	18857	2.850.000
5	66280	111544631	81924	4.761.000
TOTAL=				19.983.000

TERCERO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de mayo de 2024 dentro del proceso promovido por la NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. - NUEVA EPS S.A. contra la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL – ADRES en cuanto condenó a la demandada a reconocer y pagar en favor de la NUEVA EPS los intereses moratorios de 56 recobros, para en su lugar condenar a la demandada al pago de intereses moratorios únicamente frente a los siguientes 4 recobros y a la indexación de 1 recobro conforme se indica en la siguiente tabla, todo de acuerdo a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia:

No.	N° DE RECOBRO	RADICADO FOSYGA	N° DE FACTURA	VALOR	Fecha de prestación del servicio	FECHA DE RADICACIÓN	FECHA PROCEDENCIA DE INTERESES
1	14269	107624500	77391	4.761.000	9/09/14	15/01/15	15/03/15
2	13474	107737923	77244	4.761.000	1/09/14	15/01/15	15/03/15
3	14246	107737974	18862	2.850.000	1/09/14	15/01/15	15/03/15
4	13737	107747396	18857	2.850.000	30/09/14	15/01/15	15/03/15
5	66280	111544631	81924	4.761.000	31/12/14	15/07/15	INDEXACIÓN

CUARTO: REVOCAR el numeral tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá el 27 de mayo de 2024 dentro del proceso promovido por la NUEVA EMPRESA PROMOTORA DE SALUD S.A. - NUEVA EPS S.A. contra la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE

SEGURIDAD SOCIAL – ADRES en cuanto condenó a la demandada al pago de \$21.354.912 por concepto de gastos de administración de que trata el artículo 23 de la Ley 1438 de 2011, para en su lugar **ABSOLVER** a la demandada del pago de este concepto conforme a lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

QUINTO: **CONFIRMAR** en lo demás la sentencia apelada.

SEXTO: Sin condena en costas ni agencias en derecho en esta instancia como quiera que el recurso prosperó. Se confirman las costas de primera instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



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

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARÍA ESTRELLA GARZÓN PEÑA contra COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y DE LA LLAMADA EN GARANTÍA MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A Y LA LITISCONSORTE NECESARIA LEYDI LORENA CORTES GARZÓN Radicación No. 11001-31-05-013-**2021-00019-01.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticinco (2025), se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de la AFP Colfondos S.A y de la llamada en garantía Mapfre Colombia Vida Seguros S.A de la parte demandante contra la sentencia del 04 de julio de 2024 proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los Magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, hora señalada en auto anterior; se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

La demandante, María Estrella Garzón Peña, por intermedio de su apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral contra la sociedad administradora de fondos de pensiones Colfondos S.A., con el fin de que se le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes en su calidad de compañera permanente supérstite del señor Edgar Mauricio Muñoz Achury (Q.E.P.D.), quien falleció el 19 de diciembre de 2009 y se encontraba afiliado al régimen de ahorro individual con solidaridad.

En consecuencia, solicita que la entidad demandada reconozca dicha prestación a favor de la demandante y se garantice su pago de manera vitalicia, incluyendo las mesadas causadas desde la fecha del fallecimiento del causante hasta que se verifique el pago total de las sumas dejadas de percibir. Adicionalmente, solicita que se ordene el pago de la suma de NOVENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS CUARENTA Y UN MIL SETECIENTOS SETENTA Y TRES PESOS (\$95.441.773), correspondiente a las mesadas pensionales causadas desde el 20

de diciembre de 2009 hasta el 14 de enero de 2021, debidamente indexadas. De igual forma, solicita que se condene en costas a la parte demandada.

En respaldo de sus pretensiones, se sostiene que entre el señor Edgar Mauricio Muñoz Achury y la señora María Estrella Garzón Peña existió una unión marital de hecho, iniciada en marzo de 1996 y prolongada hasta el fallecimiento del afiliado el 19 de diciembre de 2009 en el municipio de Guasca (Cundinamarca), donde convivieron junto a sus dos hijos: Leidy Lorena Muñoz Garzón mayor de edad y sin vinculación académica y Yilber Mauricio Muñoz Garzón, quien nació con discapacidad física y retardo mental, y falleció el 30 de marzo de 2018, conforme al registro civil. Además, el causante cotizó al fondo de pensiones de Colfondos S.A. y acumuló más de 50 semanas de cotización en los tres años previos a su fallecimiento, habiendo establecido su último domicilio en Guasca, donde prestaba apoyo económico a su núcleo familiar.

Refiere que a pesar de haberse solicitado el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la señora María Estrella Garzón Peña el 31 de agosto de 2018, la solicitud fue negada debido a la falta de tramitación del bono pensional derivado del servicio militar del afiliado, lo que derivó en posteriores gestiones ante el Ministerio de Defensa el 13 de noviembre de 2018 y en la radicación de la documentación faltante el 21 de abril de 2019, evidenciándose una dilación en el trámite administrativo. Con posterioridad, el 3 de julio de 2019 se interpuso acción de tutela para obtener una respuesta definitiva, sin que hasta la fecha se conozca la respuesta emitida por Colfondos, obligando a acudir ante los jueces laborales estudie el reconocimiento y pago de la totalidad de las mesadas pensionales dejadas de percibir desde el fallecimiento del afiliado.

Actuación procesal

La demanda fue admitida mediante auto del 06 de diciembre de 2021, ordenando la notificación de la demandada, Colfondos S.A.

Una vez cumplida dicha notificación, Colfondos S.A. contestó la demanda en los términos consignados en el archivo 10 del expediente digital, en el cual realizó el llamado en garantía a la aseguradora Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., la cual contestó la demanda conforme al archivo 19 del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá en sentencia proferida el 04 de julio de 2024, resolvió lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR que el señor EDGAR MAURICIO MUÑOZ ACHURY dejó causada la pensión de sobrevivientes, en favor de la señora MARÍA ESTRELLA GARZÓN PEÑA y de la señora LEHIDY LORENA MUÑOZ GARZÓN, por las razones antes expuestas.

SEGUNDO: CONDENAR á COLFONDOS S.A. a pagar a la demandante MARÍA ESTRELLA GARZÓN PEÑA, en calidad de compañera supérstite, la PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES por el fallecimiento del señor EDGAR MAURICIO MUÑOZ ACHURY en un monto del 50% a partir del 19 de diciembre del 2009, y 100% a partir del 17 de febrero de 2015, en cuantía de 1 Salario Mínimo Legal Mensual Vigente, con los reajustes legales año por año, sobre 13 mesadas pensionales.

TERCERO: DECLARAR PROBADA de manera parcial la excepción de prescripción respecto de todas aquellas mesadas causadas con anterioridad al 31 de agosto de 2015.

CUARTO: DECLARAR PROBADA la excepción de prescripción respecto de la totalidad de las mesadas pensionales causadas en favor de la señora LEHIDY LORENA MUÑOZ GARZÓN, por las razones antes expuestas.

QUINTO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. a pagar a la demandante MARÍA ESTRELLA GARZÓN PEÑA la suma de \$102.127.872 a título de retroactivo pensional, correspondiente a las mesadas pensionales causadas desde el 1 de septiembre del 2015 hasta el día de hoy 4 de julio de 2024, valor que deberá ser indexado al momento de su pago, por las razones antes expuestas.

SEXTO: CONDENAR a la llamada en garantía MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A. a suplir las sumas adicionales requeridas para cubrir el pago de la pensión de sobrevivientes que aquí se reconoce, cuando los recursos de la cuenta de ahorro del causante resulten insuficientes, por lo antes expuesto.

SÉPTIMO: Se autoriza a la demandada para descontar los valores pagados en la prestación de la señora demandante lo correspondiente a los aportes de seguridad social en salud.

OCTAVO: CONDENAR en costas a COLFONDOS S.A. en esta instancia en favor de la señora Demandante la suma de \$1.300.000.

En el presente caso, la juez decidió acceder a las pretensiones de la demanda, al considerar que se había acreditado de manera suficiente que el señor Edgar Mauricio Muñoz Achury (Q.E.P.D)dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes en favor de su compañera supérstite, la señora María Estrella Garzón Peña, y de su hija, Lady Lorena Muñoz Garzón.

En este sentido, se constató que la demandante mantuvo una unión marital de hecho con el causante desde marzo de 1996 hasta su fallecimiento el 19 de diciembre de 2009, lo cual se ratificó mediante el testimonio de la señora Ana Oliva Peña de Garzón, certificados de nacimiento y otros elementos de prueba. Se sostuvo que la norma aplicable, contenida en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 7 de 2003, establece que para generar el derecho a la pensión el afiliado debe haber cotizado al menos 50 semanas durante los tres años previos al deceso, requisito que el señor Muñoz Achury cumplió cabalmente.

Asimismo, el a quo valoró que, pese a algunas inconsistencias en ciertos testimonios, el conjunto probatorio evidenció la convivencia permanente y la existencia de un núcleo familiar consolidado, con el consiguiente deber de proteger los derechos económicos de quienes dependieron del fallecido. De esta forma, se reconoció la pensión de sobrevivientes.

Por último, se consideró procedente el llamamiento en garantía de la compañía aseguradora, la cual debe suplir las sumas adicionales necesarias para financiar el capital de la pensión de sobrevivientes en caso de que los recursos de la cuenta de ahorro del causante resulten insuficientes. En consecuencia, se condena a las demandadas a reconocer y pagar las pretensiones de la demanda, incluyendo el retroactivo pensional calculado, con los reajustes legales correspondientes y demás consecuencias jurídicas derivadas de lo aquí resuelto.

Recursos de Apelación

La apoderada de Colfondos S.A. interpone el recurso de apelación frente a la sentencia de primer grado, argumentando que la demandante no presentó pruebas suficientes que acreditasen la existencia de una convivencia estable y permanente entre la señora María Estrella Garzón Pérez y el causante, el señor Edgar Mauricio Muñoz Achurri, de cuyas circunstancias se pretende derivar derechos pensionarios. Los testimonios presentados resultaron contradictorios, evidenciando que los testigos carecían de certeza y de conocimiento directo sobre la existencia de una convivencia ininterrumpida durante los cinco años anteriores al fallecimiento del causante.

Adicionalmente, la apoderada sostuvo que la incoherencia en el relato de la demandante se ve agravada por la falta de documentos o pruebas objetivas que respalden la afirmación de dicha convivencia, ya que los testimonios se limitaron a declaraciones extrajudiciales en las que se evidenció un contacto esporádico con la demandante. Se destacó que los testigos, incluida la señora Lorena Muñoz, quien posee un interés evidente en obtener un fallo favorable, no pudieron precisar ni la duración ni la naturaleza de la supuesta convivencia, lo que cuestiona la credibilidad de sus declaraciones ante la influencia de intereses familiares y procesales.

Por otro lado, la apoderada de Colfondos S.A. invocó jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en la que se reafirma el concepto de familia como vínculo jurídico basado en una convivencia real y efectiva, sustentada en el amor responsable, la ayuda mutua y el acompañamiento. En este sentido, sostuvo que, al no haberse demostrado que la demandante y el causante forjaron una comunidad de vida que cumpliera con los requisitos esenciales para el reconocimiento de derechos, resulta procedente la revisión de las liquidaciones efectuadas en concepto de mesadas pensionadas y retroactivos, conforme a lo estipulado en los numerales 2 y 5 de la sentencia impugnada.

En consecuencia, la apoderada de Colfondos S.A. solicita respetuosamente a los honorables magistrados que revisen en su totalidad las pruebas y argumentos presentados, y que, en razón

de la falta de evidencia fehaciente sobre la convivencia exigida, se revoque la sentencia de primer grado en favor de las pretensiones expuestas en el recurso de apelación.

Por su parte, la apoderada de Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. sostuvo que en el proceso no se realizó una valoración adecuada de las pruebas testimoniales y las aclaraciones de juicio presentadas. Argumentó que el despacho omitió considerar importantes contradicciones en los testimonios de la parte actora, los cuales resultaron carentes de espontaneidad y no aportaron claridad ni precisión respecto al tiempo, modo y lugar en que se desarrolló la supuesta convivencia, imposibilitando establecer de forma fidedigna la vida marital entre la demandante, María Estrella Garzón, y el causante, Edgar Mauricio Muñoz.

Además, la representante enfatizó que las pruebas ofrecidas por la parte actora no lograron demostrar el cumplimiento de los requisitos esenciales para acceder a la pensión de sobrevivientes, tal como lo exige el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 7 de 1997. Sostuvo que la convivencia real y efectiva no fue verificada debidamente por el despacho, puesto que, a pesar de haber sido consideradas algunas declaraciones, las incoherencias presentadas impidieron alcanzar un convencimiento suficiente sobre la existencia de una relación marital estable y duradera hasta la fecha del fallecimiento.

En ese mismo sentido, la apoderada de la demandada manifestó que no se valoró de forma correcta la solicitud de excluir la condena en el pago de intereses moratorios, argumentando que dichos intereses corresponden únicamente a situaciones de incumplimiento, lo cual no se configuró en el caso de la demandante. En su apreciación, señaló que el fallo del despacho se fundamentó en testimonios inconsistentes que, pese a haber sido presentados y mencionados, no proporcionaron el sustento probatorio necesario para acreditar los hechos que se pretendían demostrar.

En consecuencia, la apoderada de Mapfre solicitó que se revise minuciosamente la valoración de las pruebas testimoniales practicadas en el proceso, incluyendo las declaraciones extrajudiciales ratificadas en el expediente, y que se acceda al recurso de apelación, revocando la providencia apelada y denegando las pretensiones de la demanda, al no haberse cumplido con los supuestos fácticos requeridos para la concesión de la pensión de sobrevivientes.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Con auto del 21 de agosto de 2024 se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por los recurrentes al momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo

que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos.

En consecuencia, se establece que los problemas jurídicos a resolver consisten en: i) determinar si la demandante María Estrella Garzón Peña acreditó los requisitos legales, en especial el tiempo de convivencia, que le permitan acceder a la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del señor Edgar Mauricio Muñoz Achury (q.e.p.d.); y, de ser afirmativo, ii) revisar la liquidación practicada por el juzgado.

Es preciso señalar que en el presente asunto se ha demostrado, en el expediente, que el señor Edgar Mauricio Muñoz Achury (Q.E.P.D) falleció el 19 de diciembre de 2009, según consta en el registro civil de defunción (folio. 19, archivo 01 expediente digital), que el causante de la pensión cotizó más de 50 semanas durante los últimos 3 años anteriores a su deceso. De igual forma se acreditó que la promotora del presente proceso nació el 20 de julio de 1977.

Ante lo expuesto, lo primero que debe destacar la Sala es que, en materia de pensión de sobrevivientes, la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido como principio general que la norma aplicable para resolver una controversia de estas características es la vigente al momento del fallecimiento del pensionado o afiliado. Esto se fundamenta en el hecho de que dicho derecho es autónomo y surge o se estructura con la muerte, por lo que la normatividad vigente en ese momento es la que rige el derecho consolidado.

En el caso que nos ocupa, se estableció que la fecha de fallecimiento del señor Edgar Mauricio Muñoz Achury (Q.E.P.D) fue el 19 de diciembre de 2009, lo que permite constatar que la norma aplicable para determinar los requisitos y beneficiarios de la pensión de sobrevivientes es la contenida en el capítulo IV y en los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003. Dichas disposiciones, en lo pertinente, establecen lo siguiente:

“(...) ARTÍCULO 46. REQUISITOS PARA OBTENER LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

- 1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca (...)”*

Asimismo, el artículo 47 ibidem dispuso:

“(...) ARTÍCULO 47. BENEFICIARIOS DE LA PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

- a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad (...)”.*

Esta norma establece que la pensión se otorgará de manera vitalicia tanto al cónyuge como a la compañera permanente que tenga más de 30 años, siempre y cuando se acredite una convivencia con el pensionado de no menos de 5 años, criterio considerado “transversal y condicionante” para el surgimiento del derecho a la pensión de sobrevivientes (Sentencia SL 4925 de 2015 reiterada en la SL 1399 de 2018). Además, dicho requisito se aplica tanto en el caso de la muerte del pensionado (Sentencias SL 32393 de 2008, SL 793 de 2013, SL 1402 de 2015, SL 1399 de 2018 y SL 1730 de 2020) como en el del afiliado (Sentencia SL 3507 de 2024), lo que demuestra que la convivencia es el elemento central y estructurador del derecho en casos como el presente.

En el caso de compañeros permanentes, la jurisprudencia laboral ha señalado de forma unánime que la convivencia debe acreditarse durante los 5 años inmediatamente anteriores al deceso del causante, ya que la interrupción de la comunidad de vida en una unión marital de hecho tiene efectos concluyentes sobre dicha unión y sus obligaciones y deberes personales, haciendo que el compañero deje de pertenecer al grupo familiar (Sentencia SL680-2013, reiterada en SL1067-2014 y SL1399-2018).

Respecto al caso de los cónyuges, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha sostenido que la convivencia de no menos de 5 años puede haberse consolidado en cualquier período, incluso si al momento del fallecimiento del pensionado o afiliado no se evidencia una comunidad de vida, siempre que el vínculo matrimonial se mantenga intacto. Esto se fundamenta en que *“esa medida, sin lugar a dudas, equilibra la situación que se origina cuando una pareja que decidió formalizar su relación y dedicó parte de su existencia a la conformación de un proyecto de vida común, que incluso contribuyó con su compañía y fortaleza a la construcción de la pensión, se ve privada del sustento que proporcionaba...”* y, por ello, la Corte ha concluido que *“la convivencia de 5 años con el cónyuge con lazo matrimonial vigente puede haberse dado en cualquier período, incluso si al momento del fallecimiento del (la) afiliado (a) o pensionado (a) no se evidencia una comunidad de vida...”* (Sentencias radicado 41637 del 24 de enero de 2012, SL7299-2015, SL6519-2017, SL1399-2018, SL5046-2018, SL2010-2019, SL4047-2019, SL 5169-2019, entre otras).

Asimismo, la citada Sala Laboral ha señalado que *“(...) como lo ha mencionado la Corte en reiteradas ocasiones, la condición de beneficiario o beneficiaria de la pensión de sobrevivientes depende de la acreditación de una convivencia real y efectiva, basada en vínculos de solidaridad y apoyo mutuo entre la pareja, con vocación de permanencia y compromiso para la conformación de una familia (...)”* (sentencia SL3848-2020).

Finalmente, es importante destacar que, recientemente, en la sentencia SL 3507, con radicado No.97665 del 30 de octubre de 2024 y ponencia de la Magistrada Clara Inés López Dávila, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia modificó el criterio que sostenía que, en caso de fallecimiento del afiliado, el legislador no previó un requisito de tiempo mínimo de convivencia para que el cónyuge o la compañera permanente ostenten la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, ya que dicho requisito fue instituido únicamente para el caso de muerte del pensionado. En su lugar, se precisó que *“(...) es imperativo establecer que el requisito de una convivencia mínima de 5 años anteriores a la muerte es aplicable tanto al afiliado como al*

pensionado, sin importar el escenario que se derive de tales preceptos, incluido el caso de convivencia simultánea”, argumentando que “la exigencia de un mínimo de 5 años de convivencia fue concebida para evitar fraudes al sistema pensional, objetivo del legislador que no solo se destinó al caso de los pensionados, dado que también es aplicable a quien ostenta la calidad de afiliado(a), con quien eventualmente pueden formarse uniones de última hora, pues basta con contar con 50 semanas cotizadas durante los 3 años anteriores para generar la prestación de sobrevivientes(...)”.

Considerando lo anterior, en la medida en que en el presente caso el motivo de inconformidad expuesto por parte de las apoderadas de la demandada y de la llamada en garantía, se trata acerca del estudio realizado por la juez sobre la ratificación de las declaraciones extra juicio y las testimoniales que dieron lugar a la acreditación de la convivencia.

Así las cosas esta corporación tiene en cuenta que la a quo, concluyó que no era posible otorgar valor probatorio a las declaraciones extraprocesales rendidas por Luz Stella Moreno y Jesús Adelmo Cortés Pedraza, ni a la declaración judicial de José Vicente Peña Prieto. Esta determinación fue adoptada en razón de las graves inconsistencias encontradas entre sus afirmaciones ante notaría y lo declarado en estrados, así como por la falta de conocimiento directo y la insuficiencia de elementos objetivos que permitieran acreditar la existencia de una unión marital de hecho entre la demandante y el causante.

En lo que respecta a Luz Stella Moreno, la jueza observó que la testigo incurrió en contradicciones relevantes al modificar sustancialmente los datos que previamente había consignado en su declaración notarial. Así, por ejemplo, varió el tiempo que decía conocer a la demandante, ofreció explicaciones ambiguas sobre la fecha en que supuestamente inició la relación de pareja entre los involucrados y fue inconstante respecto a los nombres de los hijos procreados. Estas divergencias, sumadas a sus afirmaciones opuestas sobre la dependencia económica de la demandante, llevaron a la juzgadora a desechar su testimonio por falta de coherencia interna.

De igual manera, la declaración de Jesús Adelmo Cortés Pedraza fue descartada debido a que sus manifestaciones evidenciaron un conocimiento indirecto de los hechos, basado en lo que la misma promotora del proceso le habría contado. El testigo no pudo precisar la fecha de inicio de la convivencia entre los supuestos compañeros permanentes, desconocía aspectos esenciales como la distribución de los gastos del hogar, y su versión también presentó inconsistencias respecto al nombre de los hijos y al tiempo de convivencia. Estos vacíos y contradicciones revelaron que su testimonio carecía de fuerza demostrativa para sustentar la convivencia permanente alegada.

Por su parte, sobre el testimonio del señor José Vicente Peña Prieto no fue valorada como prueba contundente de la relación conyugal discutida, pues el testigo reconoció que su interacción con la demandante era esporádica, que no visitaba su residencia, ni compartía cotidianamente con la pareja. Además, desconocía aspectos relevantes como quién cubría los gastos del hogar, si la pareja tenía bienes comunes o quién se hizo cargo de las exequias del causante. Esta distancia

frente a los hechos centrales del litigio impidió considerar su testimonio como prueba confiable y suficiente para acreditar la existencia de una unión marital de hecho.

En virtud a lo anterior, esta colegiatura considera pertinente efectuar una valoración del testimonio rendido por la señora Ana Oliva Peña de Garzón, madre de la parte demandante, en tanto su declaración ofrece elementos relevantes sobre la convivencia sostenida entre su hija y el señor Edgar Mauricio Muñoz Achury (Q.E.P.D), causante de la pensión objeto de controversia. Si bien es cierto que su vínculo familiar podría suponer algún grado de interés en las resultas del proceso, lo cierto es que, dadas las particularidades del caso y el contexto en el cual tuvo lugar dicha convivencia, el despacho considera que el testimonio debe ser valorado conforme a los principios de sana crítica, en conjunto con los demás elementos probatorios.

Durante su intervención, la señora Peña de Garzón manifestó que su hija y el causante *“vivieron muchísimo tiempo allá en mi casa, hasta que le pasó eso”*, refiriéndose al fallecimiento del señor Edgar Mauricio, y precisó que dicha convivencia se prolongó por un lapso aproximado de *“15 años, no, 19 años”*. Afirmó, además, que ella misma residía en el mismo hogar durante todo ese tiempo, por lo que le consta directamente dicha cohabitación: *“sí, todos los 19 años con ellos, ahí, en la misma casa”*.

En cuanto a la calidad de la relación entre su hija y el señor Muñoz Achury, sostuvo que se trataba de una unión marital de hecho, al indicar: *“eran esposos, unidos ahí, unidos”*, y reiteró que esa fue la forma en que convivieron durante todo el tiempo que compartieron residencia: *“todavía unidos hay para siempre. Unidos”*.

De igual forma, ofreció detalles sobre el entorno doméstico y la dinámica familiar, señalando que ambos cuidaban animales en el hogar, tales como gallinas, conejos y ovejas, y que el señor Edgar Mauricio asumía los gastos del hogar: *“él lo que hacía todo, lo más era él, que hacía todas sus cosas y sí, para la casa todo lo que hiciera, sí, el mercado, todo”*.

Uno de los aspectos más relevantes de su testimonio fue la referencia al hijo en común de la pareja, quien presentaba una condición de discapacidad y que falleció en el año 2008: *“el niño sí, estaba... en silla de ruedas, siempre tocaba salir con él, sacarlo así, y él era discapacidad”*, indicando que el señor Edgar Mauricio era quien se encargaba de atenderlo: *“era el Mauricio, el papá”*.

De igual forma, cuando se le interrogó acerca del momento en que cesó la convivencia, indicó con claridad que fue *“hasta el 2009”*, año en el cual falleció el señor Muñoz Achury, al señalar que *“ahí fue cuando ya... le pasó eso... lo mataron”*. También refirió que, hasta ese momento, no hubo ruptura ni separación entre ellos.

Si bien es cierto que en algunos apartes del testimonio la señora Ana Oliva Peña de Garzón presentó desorientación, olvidos y dificultades propias de su avanzada edad, como ella misma lo señaló al indicar que recientemente había tenido problemas de salud, este despacho considera que ello no le resta valor probatorio a su declaración en los aspectos centrales. Por el contrario,

de su intervención se desprenden elementos que refuerzan la existencia de una relación con vocación de permanencia y estabilidad entre la demandante y el causante, caracterizada por la convivencia bajo el mismo techo durante un periodo prolongado, el sostenimiento económico del hogar por parte del señor Muñoz Achury, y el cumplimiento de obligaciones propias de una relación conyugal.

Finalmente, la testigo también aseguró que no tuvo conocimiento de que el causante mantuviera alguna relación sentimental paralela ni de que existieran denuncias por alimentos en su contra: *“No, a nadie más, solamente a Estrella, no más. A nadie más tenía”* y *“no, no, no, nada, todo, no, todo, todo bien”*.

Por tanto, esta colegiatura encuentra que, pese a sus limitaciones, el testimonio de la señora Ana Oliva Peña de Garzón resulta creíble en lo esencial y ofrece un aporte significativo para determinar la convivencia entre la demandante y el causante en los términos exigidos por la normatividad vigente en materia de sustitución pensional.

Así las cosas, en mérito de lo expuesto, esta Sala comparte el análisis realizado por la juez de primera instancia respecto a la valoración de los testimonios y declaraciones extra juicio allegadas al proceso, en especial en lo atinente al testimonio rendido por la señora Ana Oliva Peña de Garzón. La jueza efectuó una evaluación conforme a las reglas de la sana crítica, descartando con fundamento suficiente aquellas declaraciones que carecían de coherencia interna, conocimiento directo de los hechos o presentaban contradicciones sustanciales, como ocurrió con las rendidas por Luz Stella Moreno, Jesús Adelmo Cortés Pedraza y José Vicente Peña Prieto. Por el contrario, consideró como elemento probatorio válido y determinante la declaración de la madre de la demandante, por cuanto su contenido se reveló como coherente, directo y fundado en vivencias personales, en tanto cohabitó durante un tiempo prolongado con la pareja conformada por la demandante y el causante, circunstancia que refuerza la credibilidad de su relato.

En ese orden, a partir de lo expuesto en dicha declaración, corroborado además con los interrogatorios de parte, se logró acreditar que la relación entre la señora Estrella Muñoz y el causante Edgar Mauricio Muñoz Achury (Q.E.P.D) fue una unión marital de hecho con vocación de permanencia, desarrollada bajo un mismo techo, y extendida por más de cinco años previos al fallecimiento del afiliado, ocurrido el 19 de diciembre de 2009. Esta circunstancia permite tener por acreditado el requisito temporal exigido tanto por el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, como por la jurisprudencia reiterada de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la cual ha señalado que la convivencia efectiva y estable constituye un presupuesto estructural para el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. Por ende, este Tribunal considera acertada la conclusión de la a quo en cuanto a reconocer valor probatorio a la declaración de la señora Peña de Garzón y, con base en ella, tener por demostrado el cumplimiento de los requisitos legales para la procedencia del derecho reclamado.

- ***Sobre la reliquidación solicitada.***

Teniendo en cuenta lo anterior, esta Sala entrará a determinar el motivo de reparo indicado por la apoderada de Colfondos en su recurso de apelación, quien, en su momento, lo argumentó de la siguiente forma:

“(…) ruego a los honorables magistrados revisar en su totalidad las liquidaciones realizadas por el apartado relacionado con la condena del pago de las mesadas pensionales y el retroactivo pensional, en los numerales 2 y 5 de la sentencia proferida por este despacho (…)”

En este sentido, esta Sala considera pertinente precisar que la apelación no puede convertirse en un instrumento a través del cual se busque probar suerte ante el juez superior, sino que debe interponerse en aquellos eventos en los que se cuente con elementos sólidos para sustentarla.

En este caso específico, respecto de la cuantía de la primera mesada pensional y el cálculo del respectivo retroactivo, la recurrente debió explicar de manera razonada los motivos por los cuales consideraba que la cifra determinada por la juez de primera instancia resultaba desacertada, exponiendo dentro de la lógica aritmética cómo debía realizarse la operación para que la condena fuera inferior o más favorable a las demandadas.

En vista de lo expuesto, no hay lugar a modificar la decisión de primer grado en cuanto a este punto, razón por la cual se ha de confirmar el monto determinado por el juzgado. Ello, en tanto la parte apelante no logró desvirtuar, ni siquiera de manera sumaria, la liquidación efectuada en la primera instancia, pues se limitó a manifestar la necesidad de una reliquidación sin aportar elementos que permitieran a esta colegiatura un estudio detallado de la cuestión. En consecuencia, al no haber argumentos ni pruebas que sustenten la procedencia de una modificación, se mantiene la decisión adoptada en primera instancia.

Así queda resuelto los recursos de apelación interpuestos por las partes demandadas.

COSTAS

Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.

DECISIÓN

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

1: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá el 04 de julio de 2024 dentro del proceso promovido por MARÍA ESTRELLA GARZÓN PEÑA contra COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y DE LA LLAMADA EN

GARANTÍA MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A Y LA LITISCONSORTE NECESARIA LEYDI LORENA CORTÉS GARZÓN de conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa de esta providencia.

2: Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



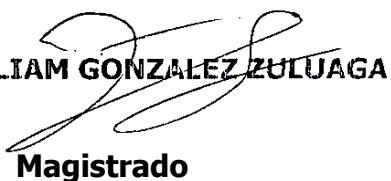
RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



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

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR HENRY SALGADO RUIZ
contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y
COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Radicación No. 11001-31-05-025-**2022-**
00662-01.

AUTO

Previo al estudio de los recursos de apelación, así como del grado jurisdiccional de consulta, la Sala advierte que mediante memorial del 11 de diciembre de 2024 la apoderada de Colfondos S.A. presenta solicitud de terminación del proceso en atención a la promulgación de la Ley 2381 de 2024 *“Por medio de la cual se establece el Sistema de Protección Social Integral para la Vejez, Invalidez y Muerte de origen común, y se dictan otras disposiciones”*. Pese a lo anterior, debe señalarse que la terminación del proceso únicamente procede por solicitud de la parte demandante, quien es la legitimada para disponer del derecho en litigio o, mediante la sentencia ejecutoriada que pone fin al mismo; sin que ninguna de estos eventos se haya presentado en el asunto bajo estudio. Por este motivo, se negará la solicitud de terminación del proceso presentada por la apoderada de Colfondos S.A.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticinco (2025); se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022; con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Colpensiones y la apoderada de Colfondos S.A. y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia del 25 de julio de 2024 proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Previo deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente sentencia:

SENTENCIA

El demandante Henry Salgado Ruiz, por intermedio de su apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas anteriormente referidas, solicitando que el traslado al RAIS sea ineficaz y por ende, la afiliación con Colpensiones se mantenga vigente.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones todos los aportes, rendimientos, frutos, intereses, gastos de administración y sumas descontadas por seguros previsionales.

Por último, condenar a las demandadas al pago de perjuicios morales, costas, agencias en derecho, lo ultra y extra petita.

En respaldo de sus pretensiones indica que nació el 02 de enero de 1964 y cotizó 165,71 semanas en el RPM. Que se trasladó a Colfondos S.A. el 03 de febrero de 2000, traslado que se efectuó sin información de manera clara, cierta, oportuna y suficiente.

Que mediante derecho de petición radicado el 29 de septiembre de 2022 en las oficinas de Colfondos S.A., solicitó la documental que diera cuenta de la información entregada al momento del traslado de régimen pensional en donde se detallen las ventajas y desventajas de afiliarse a cada régimen pensional, las características y condiciones que cada régimen pensional establece para pensionar a sus afiliados. La AFP señaló que no se pueden entregar soportes de la información entregada al demandante al momento del traslado de régimen pensional toda vez que la misma se entregaba de manera verbal y el soporte es el formulario de afiliación.

Que el 26 de octubre de 2022, solicitó ante Colfondos S.A. y Colpensiones tener como ineficaz su traslado y afiliación al RAIS, obteniendo respuesta negativa por parte de las dos administradoras de pensiones.

Actuación procesal

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 01 de diciembre de 2022, y ordenó la notificación de las demandadas, así como de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Colfondos S.A. y Colpensiones, contestaron la demanda en los términos del archivo 05 y 13 respectivamente del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 25 de julio de 2024 resolvió:

PRIMERO. DECLARAR la ineficacia de la afiliación del demandante señor HENRY SALGADO RUIZ, identificado con CC N° 10264709, efectuada a COLFONDOS S.A. desde el pasado 10 de mayo de 1999 mediante formulario “solicitud de vinculación o traslado al fondo de cesantías y pensiones obligatorias” bajo e numero 7082952, lo que tiene irrefutablemente como consecuencia ordenar a Colpensiones a recibir al demandante en el Régimen de Prima Media con su afiliado, junto con la totalidad de los ahorros de este y actualizando su historia laboral, con el fin de garantizar su derecho pensional bajo el Régimen de Prima Media por lo motivado.

SEGUNDO. CONDENAR a la demandada COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, a trasladar con dirección a COLPENSIONES, todos los aportes, rendimientos, frutos, intereses, gastos de administración y sumas descontadas por seguros previsionales efectuadas en su momento al demandante por lo motivado.

TERCERO. CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES que una vez COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS de cumplimiento a la presente decisión, proceda a aceptar el traslado del demandante, señor HENRY SALGADO RUIZ, como su afiliado y permitirle continuar cotizando hasta obtener su pensión en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, siendo un regreso automático y teniéndose sin solución de continuidad por lo motivado.

CUARTO. DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta por las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. por lo motivado, sobre las demás excepciones propuestas en conjunto por las demandadas, dadas las resultas del proceso, el Juzgado se releva de su estudio.

QUINTO. ABSOLVER a las demandadas COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. de las demás pretensiones incoadas en su contra por el demandante por lo motivado.

SEXTO. CONDENAR en costas a cargo de la demandada COLFONDOS S.A. por la suma de \$1.200.000 a favor del demandante por lo motivado.

SÉPTIMO. De no ser apelada la presente decisión, envíese a la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá, para que se surta el Grado Jurisdiccional de Consulta.

Para adoptar esta decisión, el operador de instancia afirma que teniendo en cuenta la línea jurisprudencial del la CSJ sobre estos aspectos desde 2008, en sentencias como la SL1492 de 2019 con radicado 68852 de 2019, se analizó el cumplimiento del deber de información de conformidad con el momento histórico en que debía cumplirse por parte de las AFP frente a los afiliados que se hubieran trasladado del RPM. Primero la obligación relativa del deber de

información a cargo de cada administradora de pensiones y si para dar por satisfecho ese deber es suficiente con el formulario de afiliación. Así mismo, determinar quien tiene la carga de la prueba en estos eventos y si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado tiene una expectativa de pensión o un derecho causado.

En concordancia con lo anterior, se tiene que la constatación del deber de información es ineludible, ello, a fin de establecer si la administradora dio efectivo cumplimiento al deber de brindar información suficiente, objetiva y clara sobre las consecuencias del traslado. Adicionalmente, el simple formulario de afiliación es insuficiente por la necesidad de un consentimiento informado. Así mismo, se indica que la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado, esto de conformidad con la obligación de las AFP, su ejercicio debe ser de tal diligencia que permita comprender la lógica, beneficios, ventajas y desventajas del régimen. Por último, no es necesario estar a portas de causar el derecho o tener un derecho causado.

En la sentencia SU 107 de 2024 se hizo énfasis, entre otros temas, en la inversión de la carga de la prueba en la cual el juez como director del proceso, haga uso de las herramientas que ya se encuentran en la Constitución Política, el CPT y de la SS y el CGP, que por regla general permite resolver los casos sometidos a resolución judicial en armonía del principio del debido proceso, que deben ser aplicadas en todos los procesos que se encuentren en tramite actualmente y en adelante.

En el caso bajo estudio, con el material probatorio aportado, no se encontró que se hubiera proporcionado al accionante información clara, cierta, comprensible y oportuna de las características, condiciones, beneficios, diferencias riesgos y consecuencias del cambio de régimen pensional.

Como quiera que el demandante pretende que se paguen perjuicios morales de acuerdo con el artículo 16 de la ley 446 de 1998, analizada la norma en mención, se debe decir que la pretensión no está llamada a prosperar ya que no están demostrados los presuntos daños morales sufridos por el actor a cargo de las llamadas a juicio.

Sobre la excepción de prescripción propuesta, no está llamada a prosperar y se declara no probada toda vez que la acción de ineficacia de traslado es imprescriptible por tratarse de un estado jurídico que no está sujeto al fenómeno prescriptivo.

Recurso de Apelación y grado jurisdiccional de consulta.

El apoderado de Colpensiones presentó recurso de alzada en contra de la sentencia de primera instancia, indicando que el fallo no tiene en cuenta en su motivación el hecho de que la única razón por la cual el demandante solicita el paso de su afiliación a Colpensiones obedece a temas económicos, los cuales no habían podido ser predecidos por la AFP al momento del traslado, ya que se desconocen los ingresos del demandante, máxime cuando este en el

interrogatorio de parte manifestó que estuvo en Canadá haciendo estudios post doctorales, tiempo en el cual no realizó cotizaciones.

Se evidenció en el dialogo que el demandante desconoce los términos de rendimientos que le beneficiaron en la AFP, situación que no se hubiera dado en los mismos términos de haber estado afiliado en la Administradora Colombiana de Pensiones.

Resulta claro que las falencias de información que alegan en estas demandas hacen referencia a temas que están en la ley, como lo es el retractor, los tipos de liquidación y las cotizaciones, situaciones que deben ser conocidas, ya que se trata de ciudadanos y de normas publicas de libre y gratuita reproducción, además son de obligatorio conocimiento para los ciudadanos colombianos y que residan en el país, aplicable a todos los que participan en el proceso judicial.

La apoderada de Colfondos S.A. presentó recurso de alzada en contra de la sentencia en primera instancia, solicitando revocar los numerales primero, segundo y sexto de la providencia judicial.

En primera medida se resolvió decretar una ineficacia de afiliación, sin embargo, es evidente que la única motivación del demandante es su parte económica y no conoce los beneficios que tiene el RAIS, por ende, resulta improcedente declarar una ineficacia de afiliación.

Adicionalmente el demandante se afilió de manera libre, voluntaria e informada para el mes de mayo de 1995, lo anterior podrá determinar que la AFP no generó engaño y el demandante tenía la oportunidad de regresar al RPM, situación que no acogió.

Solicita se revoque la decisión en el sentido de la ineficacia de la afiliación. El juzgado acogió la sentencia SU 107 de 2024 con respecto a la carga de la prueba, sin embargo, la apoderada pide se acoja en su integridad la sentencia antes mencionada. En caso de que se condene a la ineficacia, requiere que los emolumentos como gastos de administración y porcentaje de garantía de pensión mínima no sean devueltos de forma indexada, ya que bajo el criterio constitucional se indicó que la tesis correcta para declarar la ineficacia es solamente ordenando el traslado de los recursos disponibles en la cuenta individual, esto es, rendimientos y bonos pensionales si se hubiesen pagado.

No obstante, y en caso de que se confirme en su integridad la sentencia solicita que no sea procedente las cuotas de administración, cuotas de seguros, frutos y demás condenas emitidas por el a quo.

Solicita se revoque el numeral sexto, sobre la condena en costas, toda vez que la AFP está sujeta a disposiciones legales a este tipo de procesos que no pueden ser conciliables, adicionalmente la AFP no puede generar una devolución por cuanto la ley tiene una prohibición que cuando faltaren 10 años para adquirir la pensión no puede generar su traslado, entonces el fondo acude al proceso sin tener la posibilidad de concurrir al mismo, incluso no se puede generar un acuerdo conciliatorio.

En igual sentido, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Admitido el recurso de apelación con auto del 21 de agosto 2024 por esta Corporación, se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Así mismo se estudiará en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver consiste en: i) Determinar si efectivamente existió una ineficacia en el momento del traslado de la accionante del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al régimen de ahorro individual (RAIS), como consecuencia de la falta de información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, para así escoger la mejor opción para su caso particular; ii) Si se debe absolver a Colfondos S.A. de la condena de devolución de gastos de administración, seguros previsionales e indexación; y iii) Si se debe condenar en costas a Colfondos S.A.

De la ineficacia del traslado

Para la resolución de este asunto, debe considerarse que las AFP tienen un deber legal de suministrar a sus potenciales afiliados información objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Este deber existía desde la creación del sistema de seguridad social integral, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL 1452-2019, SL 1688-2019, SL 1689-2019, SL 4426-2019, SL 3464-2019, SL 4360-2019, SL 2611-2020, SL 4806-2020 y SL 373-2021).

En el referido artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se recalcó la importancia del deber de información de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria hoy Superfinanciera, incluyendo naturalmente a las Administradoras de Fondo de

Pensiones, al contemplar textualmente que *"Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado"*.

Así mismo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra las obligaciones de los promotores en los siguientes términos: *"Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado"*.

De igual manera, debe considerarse que la suscripción de un formulario por parte del afiliado, que pueda o no, contener afirmaciones en el sentido de indicar que la afiliación se realiza de forma libre y voluntaria, no liberan a las AFP de su obligación de brindar información completa, objetiva y comparada de los distintos regímenes pensionales y las consecuencias asociadas al traslado entre ellos. A lo sumo, estas expresiones acreditan un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (SL 4964 de 2018, SL 4964 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3193 de 2023).

De suerte que, para la Sala, no cabe duda en cuanto a la existencia de un compendio normativo que obligaba a las administradoras de pensiones a informar en el momento del traslado, en forma, clara, completa, objetiva, veraz y transparente acerca de las características de ambos regímenes. Sobre este punto en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en la sentencia SL 1688 de 2019 con radicado No.68838, precisó desde cuándo se encontraba en cabeza de esas administradoras de pensiones, esa obligación probatoria en los siguientes términos:

"Desde este punto de vista, para la Corte es claro que, desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»".

Descendiendo al caso bajo estudio, será necesario remitirse a las pruebas obrantes en el expediente, pues se trata de una cuestión eminentemente fáctica y jurídica. Encontrando que se aportó al expediente el formulario de afiliación a Colfondos S.A., del 10 de mayo de 1999, como se indicó anteriormente, en el que se registró la firma de un asesor comercial o ejecutivo de cuenta, sin que se encuentre acreditado que ese asesor brindó la información completa e informada sobre el traslado a la trabajadora, pues ninguna prueba se aportó en tal sentido. Con lo cual no existe prueba en el expediente que demuestre, más allá de toda duda razonable que al menos en esta oportunidad el afiliado hubiera recibido la información adecuada,

suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa, que le permitiera decidir libremente el régimen al que quería estar afiliado.

Por otro lado, también se debe tener presente que la doctrina del precedente vertical en la sentencia del 09 de septiembre del año 2008, radicado 31989, ya había definido que la suscripción libre y voluntaria de ese formulario no era suficiente para dar cumplimiento a ese deber de información. Posición que fuera repetida también en forma pacífica por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la Sentencia del 03 de abril de 2019 en los siguientes términos:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado”.

Incluso en providencias más próximas a la fecha, se ha mantenido inmutable la postura de la Sala, ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia SL 397 del 1 de marzo de 2023 en la que se afirmó:

“En cuanto a la suscripción de uno o varios formularios de afiliación (f.º59), se encuentra adoctrinado que son insuficientes para demostrar que la decisión de traslado estuvo precedida por una ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Tampoco es admisible sostener que la simple rúbrica impuesta en el formulario, en señal de asentimiento, pueda suplir la información que deben brindar las administradoras (entre otros fallos se cita CSJ SL SL1688-2019)”.

En otro giro, frente al interrogatorio de parte rendido por el demandante en la audiencia celebrada el 25 de julio de 2024, visible en el archivo 21 del expediente virtual, la Sala avizora que esta no se puede tener como confesión en favor de las demandadas. En dicho medio probatorio únicamente declara no haber recibido información clara y comparada sobre ambos regímenes pensionales, mencionando que se trasladó ya que los asesores de Colfondos S.A. le informaron que el ISS se iba a acabar y Colfondos S.A. era la mejor opción de vinculación. Es por ello que, del análisis del interrogatorio de parte del demandante, no se acredita ninguno de los elementos para considerar que se llenaron los requisitos del artículo 191 numeral segundo para ser considerado como medio de prueba de confesión.

En igual sentido, resulta esencial y de gran relevancia mencionar el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024. Frente al cual la Sala, decide adoptarlo en adelante. Por lo cual, se ha de recordar que en esta

decisión, el máximo tribunal constitucional delineó una serie de reglas para el análisis probatorio relacionado con los casos de ineficacia del traslado de los afiliados que cambiaron de régimen pensional al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad entre los años 1993 y 2009. Sobre este aspecto, se dispuso que tales procesos deben regirse exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y el Código General del Proceso, con el objetivo de garantizar el debido proceso. Estas directrices comprenden varias pautas esenciales:

Primero, el juez debe evaluar si el afiliado comprendía las consecuencias de su traslado al (RAIS), conforme a lo dispuesto en los artículos 13 de la Ley 100 de 1993 y 97 del Decreto 663 de 1993. Esto incluye verificar si los asesores de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) informaron adecuadamente sobre los riesgos asociados, las posibilidades de realizar cotizaciones adicionales, las consecuencias de no reunir el capital mínimo requerido para la pensión, la garantía de la pensión mínima y la devolución de saldos.

Asimismo, el juez debe permitir y considerar todas las pruebas necesarias, pertinentes y conducentes, ya sean solicitadas por las partes o requeridas de oficio, conforme al artículo 161 del CGP. Estas pruebas pueden comprender declaraciones, confesiones, testimonios, peritajes, inspecciones judiciales, documentos e indicios.

Además, las pruebas documentales deben ser evaluadas en conjunto con las demás pruebas del expediente. Por ejemplo, los formularios de afiliación, que suelen contener declaraciones sobre la decisión libre y espontánea del traslado, no son suficientes por sí solos para absolver a las demandadas.

En ausencia de pruebas directas, el juez puede recurrir a interrogatorios para esclarecer las circunstancias en que se prestó, o no, la información relevante. Los testimonios de personas que recibieron asesoría conjunta pueden ser fundamentales para determinar la veracidad de los hechos alegados.

Las pruebas indiciarias también deben ser analizadas en conjunto con otros elementos probatorios, de acuerdo con los artículos 176 y 242 del CGP.

Aunque la inversión de la carga de la prueba no debe ser una regla obligatoria, el juez puede, de manera excepcional, invertir la carga de la prueba en casos donde el demandante se encuentre en la imposibilidad de probar los hechos que sustentan sus pretensiones. Esta medida se fundamenta en el artículo 167 del CGP y en la necesidad de proteger al afiliado de una imposición desproporcionada de cargas probatorias que vulneren su derecho al debido proceso y acceso a la justicia.

Con todo lo anterior, la Sala advierte que en el expediente no existe un solo elemento de convicción distinto al formato de vinculación que demuestre que la AFP Colfondos S.A. dio

información transparente y completa al afiliado sobre las características de ambos regímenes pensionales y las implicaciones inherentes de pertenecer a uno u otro al momento en que el demandante suscribió el formulario de afiliación. Lo que conduce a esta Sala a confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado que efectuó el demandante el 10 de mayo de 1999, como lo determinó el *a quo*.

Gastos de administración

Ahora bien, como lo indicó el *a quo*, esta Sala debe indicar que la jurisprudencia emitida por parte de la CSJ, al referirse a los efectos de la ineficacia, como la sentencia SL 1535 del 10 de mayo de 2022 señaló que *“es pertinente recordar que se contraen a la devolución de todos los dineros que el fondo hubiera recibido, entre otros, por concepto de las cotizaciones y los bonos pensionales —si fuere el caso—, además de los rendimientos financieros que se hubieren causado, y las cuotas de administración, pues no puede trasladarse una suma inferior a la realmente ahorrada. Lo anterior, bajo la ficción jurídica de que el actor nunca se movió al RAIS o, lo que es igual, que siempre estuvo afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones.”*

Sin embargo, tampoco se puede pasar por alto lo que sobre este tema ha indicado la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024, que es de obligatorio cumplimiento para los operadores judiciales, que en cuanto al principio de sostenibilidad financiera, indicó en los casos en que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, sólo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual. Señaló además que no es factible ordenar el traslado de los valores pagados por concepto de primas de seguros, gastos de administración y porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, ni tampoco que dichos valores fueran reconocidos de forma indexada. La Corte Constitucional, en los acápites de consideraciones de su decisión, expuso lo siguiente:

En primer lugar, en relación con las modalidades de devolución, la Corte aclaró que, materialmente, a pesar de que se declare la ineficacia del traslado, no es posible retrotraer al afiliado al día previo al traslado. Solamente es susceptible de traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y, si se ha pagado, el valor de un bono pensional. Esto se debe a que no toda la cotización es apta para ser trasladada, ya que el aporte se desglosa en primas de seguros, gastos de administración y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Además, no sería posible devolver los aportes voluntarios realizados por el afiliado mientras estuvo en el RAIS, ya que estos implicaron beneficios tributarios para la declaración de renta, la compra de acciones u otro tipo de inversiones, constituyendo situaciones que se consolidaron en el tiempo.

En segundo lugar, respecto a las primas de seguros y el riesgo que estas amparan, la Corte recordó que, mes a mes, se paga el respectivo seguro para cubrir el riesgo de invalidez o muerte. En la Sentencia SU-313 de 2020, se explicó que de la cotización obligatoria del 16%,

la Administradora de Fondos Pensionales debe destinar un 11,5% a la cuenta individual del afiliado, un 1,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y un 3% al financiamiento de los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. El seguro previsional que contratan las administradoras del RAIS debe ser colectivo y pagarse obligatoriamente, garantizando así la cobertura adecuada en caso de invalidez o muerte.

En cuanto a los gastos de administración, aunque no se tiene un pronunciamiento expreso en pensiones, la Corte ha sostenido que es legítimo desde el punto de vista constitucional que los particulares que participan en el sistema de salud sean recompensados por los gastos de administración en los que incurren, siempre y cuando no se afecte el derecho fundamental de los usuarios a un servicio de calidad, oportuno y eficiente. Esta misma lógica se aplica a los gastos de administración en pensiones, los cuales tienen un impacto incluso en la determinación del fondo al que pertenece un afiliado. En la Sentencia T-266 de 2023, la Corte protegió los derechos de una afiliada a la que se le negó el traslado por no estar en el aplicativo de traslados, operando en este caso la figura de la afiliación tácita.

Por otro lado, en la Sentencia C-687 de 2017, la Corte analizó una demanda de inconstitucionalidad que cuestionaba la contribución al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, alegando que dicha financiación no era retribuida al afiliado y constituía un enriquecimiento sin causa. Aunque la Corte se declaró inhibida, destacó que la cotización en el RAIS no sólo nutre la cuenta de ahorro individual, sino también un componente de solidaridad, siendo así reconocidas numerosas pensiones de vejez bajo la Garantía de Pensión Mínima.

Por los anteriores argumentos, se adoptará esta nueva postura por parte de esta Sala, entendiendo que, con la declaración de ineficacia, la AFP deberá devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, los ahorros de la cuenta individual del afiliado, los rendimientos financieros y el bono pensional, dejando atrás cualquier criterio anterior.

En este contexto, y considerando la postura de la Corte Constitucional, dado que Colfondos S.A. apeló lo relacionado con las primas de seguros previsionales y los gastos de administración, se revoca parcialmente el numeral **segundo** de la sentencia de primera instancia. Esto se hará con el propósito de exonerar a la entidad de dichos conceptos, condenando únicamente a la devolución de los ahorros de la cuenta individual del afiliado, los rendimientos financieros y el bono pensional si fue pagado, con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Costas procesales

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, que pide Colfondos S.A. sea revocada, como quiera que, las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que, tal condena es acertada, pues, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, por serlos gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, siendo entonces, la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, y contra quien se profirió una decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación No. 68091, en la que, en un caso de características similares a las aquí debatidas, sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”

Es claro entonces que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, quien, además se opuso a la prosperidad de las pretensiones e incluso propuso la totalidad de las excepciones como medio de defensa, por lo que, se confirmará igualmente esta decisión.

En los anteriores términos quedan resueltos el grado jurisdiccional de consulta y los recursos de apelación presentado por las demandadas.

COSTAS

Sin costas o agencias en derecho en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó a la AFP COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES todos los aportes, rendimientos, frutos,

intereses, gastos de administración y sumas descontadas por seguros previsionales efectuadas en su momento al demandante. Y en su lugar CONDENAR a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorros del demandante y el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, junto con los bonos pensionales, en caso de que ya se encuentren redimidos, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



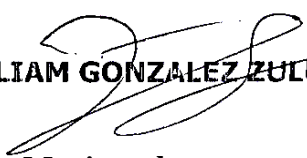
RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado

Salvamento parcial de voto

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Henry Salgado Ruiz

Demandados: Colpensiones y Colfondos S.A.

Radicado: 110013105025-2022-00662-01

Señores partes en el proceso, distinguidos compañeros de Sala de Decisión, comunidad jurídica en general:

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por esta Corporación, tratando de exponer sencilla y sintéticamente los motivos de mi salvamento parcial de voto, a continuación, resumo los argumentos por los cuales no comparto la razón de decidir acogida en la providencia mayoritariamente aprobada en lo que concierne a la no devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y prima de seguros previsionales debidamente indexadas:

De conformidad con lo decantado por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia SU 107 de 2024, es criterio mayoritario de esta Sala de decisión decretar la improcedencia de la devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y primas de seguros previsionales debidamente indexadas, en el entendido que, al configurarse

la disposición de los aludidos emolumentos situaciones jurídicas consolidadas, se encuentra vedado su devolución por el solo hecho de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

Sin embargo, considera quien ahora escribe que el enunciado raciocinio desconoce los efectos jurídicos de las acciones judiciales de “*ineficacia*” habida cuenta que, en su sentido estricto, la referida institución normativa propugna por retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio declarado ineficaz no hubiera existido; es decir, su declaratoria produce efectos *ex tunc -desde siempre-*, y no *ex nunc -desde ahora-*.

Colofón de lo anterior, por constituir el criterio mayoritario, ese sí, una afrenta al principio constitucional de sostenibilidad financiera, puesto que, al denegar la devolución indexada de los referenciados emolumentos, restringe la fuente de financiación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida para el futuro reconocimiento prestacional en provecho del afiliado, supuesto que conlleva a la materialización del déficit presupuestal aducido por Colpensiones, manifiesto que salvo parcialmente mi voto, toda vez que, con la postura mayoritaria, se estaría apoyando una decisión que considero injusta para con el Sistema General de la Seguridad Social en Pensiones.

Fecha ut supra.



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



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

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR CLAUDIA JEANNETTE PINZON BERNAL contra ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS Radicación No. 11001-31-05-010-**2022-00045-01.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticinco (2025); se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022; con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Colpensiones y el apoderado de Colfondos S.A. y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia del 10 de julio de 2024 proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Previa deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente sentencia:

SENTENCIA

La demandante Claudia Jeannete Pinzón Bernal, por intermedio de su apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas anteriormente referidas, solicitando que se declare la nulidad e ineficacia de vinculación al régimen de ahorro individual con la demandada Colfondos S.A.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se ordene a Colfondos S.A. a trasladar los dineros obrantes en la cuenta individual con sus respectivos rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos realizados. De igual manera que se ordene a Colpensiones a recibir los dineros que se ordenen trasladar a Colfondos S.A.

Por último, que se condene a Colfondos S.A. al pago de costas y agencias en derecho y que se condene a las demandadas a lo ultra y extra petita.

En respaldo de sus pretensiones indica que nació el 15 de diciembre de 1968 y ha cotizado al sistema general de pensiones con Colpensiones y Colfondos S.A. Que el 17 de septiembre de 2001 asistió a una reunión convocada por su empleador donde asistieron varios compañeros y se hizo presente un funcionario de Colfondos S.A, quien indicó que por problemas económicos del ISS, el gobierno decidió liquidarlo y la única forma de conservar sus aportes era trasladarse a Colfondos S.A.

Que en 2018 acudió a Colfondos S.A. y preguntó los trámites para trasladarse de régimen y recibió la noticia de que no podría hacerlo porque ya contaba con 49 años de edad. Posteriormente, Colfondos S.A. le informó que tuvo conflicto de multivinculación.

Que solicitó ante Colpensiones y Colfondos S.A. el traslado de régimen, las solicitudes fueron negadas por las entidades, bajo el argumento que se encuentra a menos de 10 años para pensionarse.

Actuación procesal

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 15 de diciembre de 2022, y ordenó la notificación de las demandadas, así como de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Colpensiones y Colfondos S.A., contestaron la demanda en los términos del archivo 11 y 13 respectivamente del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 10 de julio de 2024 resolvió:

“PRIMERO: Declarar la ineficacia de la vinculación de la demandante señora CLAUDIA JEANNETTE PINZON BERNAL a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS, mediante la suscripción de afiliación realizada el 17/09/2001, en consecuencia, se declara ineficaz el traslado del RPM al RAIS, se ordena el regreso automático sin solución de continuidad al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES como si nunca se hubiese trasladado conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES recibir y restablecer afiliación de la demandante señora CLAUDIA JEANNETTE PINZON BERNAL al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad conforme a lo expuesto en la parte considerativa.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTIAS hacer la devolución al régimen de prima media administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, de todas las sumas de dinero

que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora CLAUDIA JEANNETTE PINZON BERNAL, como cotizaciones, frutos e intereses y bonos pensionales si los hubiere como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causados y así mismo a realizar la devolución los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, con cargo a sus propias utilidades, y debidamente indexados que le hubiere descontado a la demandante durante su vinculación, y deberá entregar a Colpensiones los documentos correspondientes que den cuenta de lo pagado a Colpensiones por la demandante y la documental correspondiente que de cuenta de lo recibido por AFP COLFONDOS S.A. por ciclos cotizados ,IBC, cotizaciones, rendimientos interese, bonos, y de igual manera la información de las sumas descontadas por gastos de administración, primas de seguros previsionales y porcentajes para garantía de pensión mínima , para que se pueda establecer por esta entidad que la devolución se hace en los términos ordenados en esta sentencia y deberá realizarse la devolución a Colpensiones en el término de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia de conformidad a la parte motiva.

CUARTO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que de manera inmediata a la ejecutoria de esta sentencia deberá registrar en la historia laboral del demandante para efectos pensionales de Colpensiones las semanas cotizadas durante su vinculación al RAIS una vez ingresen estas sumas de dinero provenientes de la AFP COLFONDOS S.A. así mismo debe proceder a revisar que se haya hecho la devolución de conformidad a lo ordenado en esta sentencia, de conformidad a la parte motiva de esta providencia

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.

SEXTO: CONDENAR en costas de esta instancia a AFP COLFONDOS S.A., COLPENSIONES y a favor de la demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas e inclúyase como agencias en derecho a cargo de AFP COLFONDOS S.A. la suma de \$ 1.450.000 y como agencias enderecho a cargo de COLPENSIONES, la suma de \$ 500.000.

SEPTIMO: De no ser apelada esta providencia, remítase al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, por las condenas impuestas a Colpensiones.”

Para adoptar esta decisión, el operador de instancia afirma que se cumplió con la reclamación administrativa exigida por el artículo 6 del CPT y de la SS, en tanto obra dentro del expediente la reclamación elevada, que permiten establecer el agotamiento de la reclamación.

Para resolver este asunto se debe tener en cuenta la ley 100 de 1993, artículos 13, 20, 54, 114, decretos 656 de 1994, 692 de 1994, 663 de 1993, 2555 de 2010, 2071 de 2015 y 1748 de 2014, como la amplia línea jurisprudencial de la CSJ en relación a la ineficacia de traslado de régimen pensional.

La CSJ ha establecido las reglas jurisprudenciales en donde se ha dejado claro que el deber de información existe en cabeza de las AFP desde el inicio de vigencia de la ley 100 de 1993, teniendo en cuenta el decreto 663 de 1993, artículo 97.

Existen tres etapas acumulativas del deber de información, siendo la primera etapa el deber de información regido por los artículos 13 literal b, 271 y 272 de la ley 100 de 1993, y el artículo 97, numeral primero del decreto 663 de 1993, en donde el contenido mínimo de esa información correspondía a la ilustración de las características, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Hay inversión de la carga en cabeza de los fondos privados, de conformidad con el artículo 167 del CGP, por ende, corresponde a los fondos demostrar que cumplieron con ese deber de información, siendo insuficiente el formulario de afiliación con notas preimpresas de los fondos en cuanto a haber recibido información.

Recurso de Apelación y grado jurisdiccional de consulta.

El apoderado de Colfondos S.A. presentó recurso de alzada en contra de la sentencia de primera instancia, indicando que la juez no tuvo en cuenta la argumentación de la contestación, interrogatorio de parte y alegatos de conclusión. Solicita se absuelva a la AFP de todas y cada una de las pretensiones incoadas en el escrito introductor.

Indica que no está de acuerdo con la decisión sobre la devolución de las sumas, debido a que las altas cortes en reiterada jurisprudencia han revocado las sentencias de primera instancia porque no deben devolverse los dineros que han tenido los fondos privados con anterioridad.

Adicionalmente solicita se revoque la condena en costas ya que la AFP no actuó de mala fe y no debió condenarse en costas ya que la demandante fue quien tomó la decisión libre y voluntaria.

El apoderado de Colpensiones presentó recurso de alzada en contra de la sentencia en primera instancia, indicando que con la declaratoria de ineficacia de la afiliación y el acto del traslado, se genera una afectación al principio de sostenibilidad del sistema pensional que administra Colpensiones, ya que como lo establece la Corte Constitucional, la finalidad del señalamiento del periodo de carencia consiste en evitar el detrimento patrimonial y la descapitalización del fondo común del RPM, al cual se le causaría un perjuicio al ordenar que la actora, quien está próxima a cumplir los requisitos para pensionarse, retorne al régimen común sin tener en consideración la realización de un calculo actuarial para determinar las sumas que

representen un pago futuro de su mesada pensional y sus respectivos reajustes, por lo cual se advierte que sumando todos los dineros que se están ordenando devolver a la AFP Colfondos S.A. en cumplimiento a esta orden judicial, hay una abismal diferencia entre lo que se está ordenando devolver y lo que se hubiese producido de haber permanecido en el RPM.

Con la condena en costas y agencias en derecho, se vulneran los derechos procesales de la entidad, en su calidad de tercero de buena fe teniendo en cuenta que a Colpensiones no le correspondía la carga probatoria de demostrar la asesoría al momento de la afiliación al régimen y si bien no prosperaron las excepciones propuestas, se debe tener en cuenta que la obligación de asesorar a la demandante a la momento del traslado y la omisión del deber de información recayó sobre la AFP del RAIS y no sobre Colpensiones, entonces esta circunstancia ha debido analizarse.

El apoderado señala que otra de las razones que causan el descontento de la actora es la falsa información que le fue brindada según su escrito de demanda y sus manifestaciones de que el ISS había sido liquidado y otro tipo de características que se le brindó anteponiéndose a los beneficios que iba a obtener en el RAIS por encima de las características del RPM. Estas razones no son atribuibles a Colpensiones teniendo en cuenta que obedeció a la orden de trasladar sus aportes al fondo en el que en su oportunidad la actora decidió afiliarse. Entonces estos actos no deben afectar a quien siempre ha procedido en buena fe y en virtud del ordenamiento legal.

En igual sentido, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Admitido el recurso de apelación con auto del 21 de agosto de 2024 por esta Corporación, se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Así mismo se estudiará en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver consiste en: i) Determinar si efectivamente existió una ineficacia en el momento del traslado de la accionante del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al régimen de ahorro individual (RAIS),

como consecuencia de la falta de información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, para así escoger la mejor opción para su caso particular; ii) Si con la declaratoria de ineficacia de traslado se ve afectada la sostenibilidad financiera de Colpensiones; y iii) Si se debe condenar en costas a las demandadas.

De la ineficacia del traslado

Para la resolución de este asunto, debe considerarse que las AFP tienen un deber legal de suministrar a sus potenciales afiliados información objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Este deber existía desde la creación del sistema de seguridad social integral, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL 1452-2019, SL 1688-2019, SL 1689-2019, SL 4426-2019, SL 3464-2019, SL 4360- 2019, SL 2611-2020, SL 4806-2020 y SL 373-2021).

En el referido artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se recalcó la importancia del deber de información de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria hoy Superfinanciera, incluyendo naturalmente a las Administradoras de Fondo de Pensiones, al contemplar textualmente que *"Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado"*.

Así mismo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra las obligaciones de los promotores en los siguientes términos: *"Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado"*.

De igual manera, debe considerarse que la suscripción de un formulario por parte del afiliado, que pueda o no, contener afirmaciones en el sentido de indicar que la afiliación se realiza de forma libre y voluntaria, no liberan a las AFP de su obligación de brindar información completa, objetiva y comparada de los distintos regímenes pensionales y las consecuencias asociadas al traslado entre ellos. A lo sumo, estas expresiones acreditan un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (SL 4964 de 2018, SL 4964 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3193 de 2023).

De suerte que, para la Sala, no cabe duda en cuanto a la existencia de un compendio normativo que obligaba a las administradoras de pensiones a informar en el momento del

traslado, en forma, clara, completa, objetiva, veraz y transparente acerca de las características de ambos regímenes. Sobre este punto en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en la sentencia SL 1688 de 2019 con radicado No.68838, precisó desde cuándo se encontraba en cabeza de esas administradoras de pensiones, esa obligación probatoria en los siguientes términos:

“Desde este punto de vista, para la Corte es claro que, desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»”.

Descendiendo al caso bajo estudio, será necesario remitirse a las pruebas obrantes en el expediente, pues se trata de una cuestión eminentemente fáctica y jurídica. Encontrando que se aportó al expediente el formulario de afiliación a Colfondos S.A., del 17 de septiembre de 2001, como se indicó anteriormente, en el que se registró la firma de un asesor comercial o ejecutivo de cuenta, sin que se encuentre acreditado que ese asesor brindó la información completa e informada sobre el traslado a la trabajadora, pues ninguna prueba se aportó en tal sentido. Con lo cual no existe prueba en el expediente que demuestre, más allá de toda duda razonable que al menos en esta oportunidad la afiliada hubiera recibido la información adecuada, suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa, que le permitiera decidir libremente el régimen al que quería estar afiliada.

Por otro lado, también se debe tener presente que la doctrina del precedente vertical en la sentencia del 09 de septiembre del año 2008, radicado 31989, ya había definido que la suscripción libre y voluntaria de ese formulario no era suficiente para dar cumplimiento a ese deber de información. Posición que fuera repetida también en forma pacífica por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la Sentencia del 03 de abril de 2019 en los siguientes términos:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado”.

Incluso en providencias más próximas a la fecha, se ha mantenido inmutable la postura de la Sala, ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia SL 397 del 1 de marzo de 2023 en la que se afirmó:

“En cuanto a la suscripción de uno o varios formularios de afiliación (f.º59), se encuentra adoctrinado que son insuficientes para demostrar que la decisión de traslado estuvo precedida por una ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Tampoco es admisible sostener que la simple rúbrica impresa en el formulario, en señal de asentimiento, pueda suplir la información que deben brindar las administradoras (entre otros fallos se cita CSJ SL SL1688-2019)”.

En otro giro, frente al interrogatorio de parte rendido por la demandante en la audiencia celebrada el 10 de julio de 2024, visible en el archivo 25 del expediente virtual, la Sala avizora que esta no se puede tener como confesión en favor de las demandadas. En dicho medio probatorio únicamente declara no haber recibido información clara y comparada sobre ambos regímenes pensionales, mencionando que se trasladó ya que en el lugar del trabajo llegaron asesores de Colfondos S.A. a indicarle que los iban a ayudar por que el ISS se iba a acabar. Es por ello que, del análisis del interrogatorio de parte de la demandante, no se acredita ninguno de los elementos para considerar que se llenaron los requisitos del artículo 191 numeral segundo para ser considerado como medio de prueba de confesión.

En igual sentido, resulta esencial y de gran relevancia mencionar el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024. Frente al cual la Sala, decide adoptarlo en adelante. Por lo cual, se ha de recordar que en esta decisión, el máximo tribunal constitucional delineó una serie de reglas para el análisis probatorio relacionado con los casos de ineficacia del traslado de los afiliados que cambiaron de régimen pensional al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad entre los años 1993 y 2009. Sobre este aspecto, se dispuso que tales procesos deben regirse exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y el Código General del Proceso, con el objetivo de garantizar el debido proceso. Estas directrices comprenden varias pautas esenciales:

Primero, el juez debe evaluar si el afiliado comprendía las consecuencias de su traslado al (RAIS), conforme a lo dispuesto en los artículos 13 de la Ley 100 de 1993 y 97 del Decreto 663 de 1993. Esto incluye verificar si los asesores de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) informaron adecuadamente sobre los riesgos asociados, las posibilidades de realizar cotizaciones adicionales, las consecuencias de no reunir el capital mínimo requerido para la pensión, la garantía de la pensión mínima y la devolución de saldos.

Asimismo, el juez debe permitir y considerar todas las pruebas necesarias, pertinentes y conducentes, ya sean solicitadas por las partes o requeridas de oficio, conforme al artículo 161 del CGP. Estas pruebas pueden comprender declaraciones, confesiones, testimonios, peritajes, inspecciones judiciales, documentos e indicios.

Además, las pruebas documentales deben ser evaluadas en conjunto con las demás pruebas del expediente. Por ejemplo, los formularios de afiliación, que suelen contener declaraciones sobre la decisión libre y espontánea del traslado, no son suficientes por sí solos para absolver a las demandadas.

En ausencia de pruebas directas, el juez puede recurrir a interrogatorios para esclarecer las circunstancias en que se prestó, o no, la información relevante. Los testimonios de personas que recibieron asesoría conjunta pueden ser fundamentales para determinar la veracidad de los hechos alegados.

Las pruebas indiciarias también deben ser analizadas en conjunto con otros elementos probatorios, de acuerdo con los artículos 176 y 242 del CGP.

Aunque la inversión de la carga de la prueba no debe ser una regla obligatoria, el juez puede, de manera excepcional, invertir la carga de la prueba en casos donde el demandante se encuentre en la imposibilidad de probar los hechos que sustentan sus pretensiones. Esta medida se fundamenta en el artículo 167 del CGP y en la necesidad de proteger al afiliado de una imposición desproporcionada de cargas probatorias que vulneren su derecho al debido proceso y acceso a la justicia.

Con todo lo anterior, la Sala advierte que en el expediente no existe un solo elemento de convicción distinto al formato de vinculación que demuestre que la AFP Colfondos S.A. dio información transparente y completa a la afiliada sobre las características de ambos regímenes pensionales y las implicaciones inherentes de pertenecer a uno u otro al momento en que la demandante suscribió el formulario de afiliación. Lo que conduce a esta Sala a confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado que efectuó la demandante el 17 de septiembre de 2001, como lo determinó el *a quo*.

Sostenibilidad financiera

De otra parte, para abordar a la inconformidad referida por la apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones, frente a la sostenibilidad del sistema financiero se encuentra que ya se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicando que dicho principio constitucional no se ve afectado con la declaratoria de ineficacia del traslado, dado a que como se señaló previamente, la AFP tiene el deber de restituir los valores recibidos por concepto de la afiliación del accionante con todos sus frutos, con lo cual se compensan las cotizaciones que debió efectuar el accionante el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y se financia la pensión a recibir, indistintamente si se han cotizado en un fondo público o en una cuenta de ahorro individual.

Así lo señaló la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, precisando:

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

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

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

Lo anterior también ha sido reiterado en sentencias posteriores como la SL1440-2021 y la SL1497-2022, en esta última con toda claridad la Corte precisó: *“Tampoco se atenta contra la sostenibilidad financiera del Sistema, en la medida en que la ley dispone las fuentes de financiamiento de las prestaciones económicas que éste reconoce y, en todo caso, la ineficacia comporta unos efectos que pasan a explicarse más adelante, lo que supone, entre otras cosas, que la totalidad del ahorro pensional efectuado, con los elementos que lo integran, pasen de la AFP a la administradora del Régimen de Prima Media.”*

Sin perjuicio de lo anterior, si la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones considera que el accionar omisivo de Colfondos S.A. le ocasionó un perjuicio, puede acudir a las vías judiciales para demostrar su existencia y lograr su resarcimiento.

Costas procesales

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, que piden las demandadas sea revocada, como quiera que, las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que, tal condena es acertada, pues, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, por serlos gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, siendo entonces, la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, y contra quien se profirió una decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación No. 68091, en la que, en un caso de características similares a las aquí debatidas, sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”

Es claro entonces que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, quien, además se opuso a la prosperidad de las pretensiones e incluso propuso la totalidad de las excepciones como medio de defensa, por lo que, se confirmará igualmente esta decisión.

En los anteriores términos quedan resueltos el grado jurisdiccional de consulta y los recursos de apelación presentado por las demandadas.

COSTAS

Sin costas o agencias en derecho en esta instancia.

DECISIÓN

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 en su totalidad la sentencia proferida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, de fecha 10 de julio de 2024, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado

Salvamento parcial de voto

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Claudia Jeannette Pinzón Bernal

Demandados: Colpensiones y Colfondos S.A.

Radicado: 110013105010-2022-00045-01

Señores partes en el proceso, distinguidos compañeros de Sala de Decisión, comunidad jurídica en general:

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por esta Corporación, tratando de exponer sencilla y sintéticamente los motivos de mi salvamento parcial de voto, a continuación, resumo los argumentos por los cuales no comparto la razón de decidir acogida en la providencia mayoritariamente aprobada en lo que concierne a la no devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y prima de seguros previsionales debidamente indexadas:

De conformidad con lo decantado por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia SU 107 de 2024, es criterio mayoritario de esta Sala de decisión decretar la improcedencia de la devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y primas de seguros previsionales debidamente indexadas, en el entendido que, al configurarse

la disposición de los aludidos emolumentos situaciones jurídicas consolidadas, se encuentra vedado su devolución por el solo hecho de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

Sin embargo, considera quien ahora escribe que el enunciado raciocinio desconoce los efectos jurídicos de las acciones judiciales de “*ineficacia*” habida cuenta que, en su sentido estricto, la referida institución normativa propugna por retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio declarado ineficaz no hubiera existido; es decir, su declaratoria produce efectos *ex tunc -desde siempre-*, y no *ex nunc -desde ahora-*.

Colofón de lo anterior, por constituir el criterio mayoritario, ese sí, una afrenta al principio constitucional de sostenibilidad financiera, puesto que, al denegar la devolución indexada de los referenciados emolumentos, restringe la fuente de financiación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida para el futuro reconocimiento prestacional en provecho del afiliado, supuesto que conlleva a la materialización del déficit presupuestal aducido por Colpensiones, manifiesto que salvo parcialmente mi voto, toda vez que, con la postura mayoritaria, se estaría apoyando una decisión que considero injusta para con el Sistema General de la Seguridad Social en Pensiones.

Fecha ut supra.



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



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

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS E.P.S., y la COMPAÑÍA DE MEDICINA PREPAGADA COLSANITAS S.A. contra NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES Radicación No. 11001-31-05-005-2014-00455-01.

Bogotá D.C., treinta (30) de abril dos mil veinticinco (2025), se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto tanto por la apoderada que representa a las demandadas, contra la sentencia del 06 de marzo del 2024 proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Antes de entrar al estudio del presente recurso, esta colegiatura considera pertinente señalar que, en virtud del memorial presentado el 18 de octubre de 2024, el representante legal de la parte demandante, EPS Sanitas, solicitó el desistimiento parcial de las pretensiones de la demanda. Para sustentar dicha solicitud, indicó que, con fundamento en un contrato de transacción suscrito con la entidad demandada ADRES, se llegó a un acuerdo para el pago de los siguientes recobros:

Campo No.	NÚMERO RECOBRO APF	NÚMERO PROCESO JUDICIAL	NÚMERO RADICADO ANTERIOR	NÚMERO ITEM RADICADO ANTERIOR	NÚMERO RECOBRO PROCESO JUDICIAL	NÚMERO ITEM RADICADO PROCESO JUDICIAL	VALOR INVOLUCRADO RECOBRO	VALOR TRANSADO
1	178434966	110013105005201400455	178434966	1	54421587	1	\$ 3.201.827,00	\$ 3.201.827,00
2	182650568	110013105005201400455	182650568	1	53552943	1	\$ 63.900,00	\$ 63.900,00
3	182657867	110013105005201400455	182657867	1	53672755	1	\$ 63.900,00	\$ 63.900,00
4	182666082	110013105005201400455	182666082	1	50018639	1	\$ 5.719.500,00	\$ 5.719.500,00
5	182666559	110013105005201400455	182666559	1	54154898	1	\$ 13.724.907,60	\$ 13.724.907,60
6	182667318	110013105005201400455	182667318	1	54421603	1	\$ 8.463.110,00	\$ 8.463.110,00
7	182669138	110013105005201400455	182669138	1	53861728	1	\$ 4.642.600,00	\$ 4.642.600,00
8	182672652	110013105005201400455	182672652	1	50023299	1	\$ 37.851.154,00	\$ 37.851.154,00
9	182674128	110013105005201400455	182674128	1	52848450	1	\$ 827.830,00	\$ 827.830,00
10	182675415	110013105005201400455	182675415	1	49917287	1	\$ 11.808.111,00	\$ 11.808.111,00
11	182676875	110013105005201400455	182676875	1	48051089	1	\$ 1.445.029,00	\$ 1.445.029,00
12	182678728	110013105005201400455	182678728	1	53857904	1	\$ 1.289.592,00	\$ 1.204.580,00
Total							\$ 89.101.460,60	\$ 89.016.448,60

En virtud de lo anterior, esta Sala ACEPTA el desistimiento respecto de los cobros de cuentas médicas previamente mencionadas, razón por la cual el estudio del presente asunto versará únicamente sobre las demás cuentas de cobro que no fueron objeto de desistimiento, conforme al memorial aportado por la apoderada de la parte actora, Olga Viviana Bermúdez Perdomo.

Así las cosas, previa deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente:

SENTENCIA

La EPS Sanitas S.A. y la Compañía de Medicina Prepagada Colsanitas S.A., actuando por intermedio de apoderado judicial, interpusieron demanda ordinaria en contra de la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social, con el fin de obtener la declaración de responsabilidad por los perjuicios derivados del no reconocimiento y pago de los valores asumidos por dichas entidades, destinados a cubrir servicios de salud ordenados en providencias proferidas en acciones de tutela. Los montos reclamados ascienden a \$60.776.633 por parte de EPS Sanitas S.A., correspondientes a veintiún (21) cobros, y a \$60.375.474 por parte de Colsanitas S.A., correspondientes a cuatro (4) cobros que le fueron cedidos por la EPS.

En consecuencia, solicitaron la condena a la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social al pago de los valores antes indicados, así como de los gastos administrativos asociados, equivalentes al diez por ciento (10%) del valor de los servicios prestados, por \$6.077.633,3 y \$6.037.547,4 respectivamente. De igual forma, requirieron el pago de intereses moratorios liquidados a la tasa máxima prevista para tributos administrados por la DIAN, conforme al

artículo 4 del Decreto 1281 de 2002, desde la fecha de exigibilidad de cada recobro y hasta su pago efectivo.

En igual sentido, pretenden la actualización monetaria de las sumas reconocidas conforme al índice de precios al consumidor (IPC), y la condena al pago de costas procesales y agencias en derecho, en razón a la causación del daño antijurídico por parte de la administración, el cual obligó a las demandantes a asumir recursos que debieron ser cubiertos por el sistema de salud.

Actuación procesal

Una vez presentada la demanda, la Juez Quinto Laboral del Circuito de Bogotá la admitió mediante auto del veinte (20) de abril de 2015, ordenando la notificación a las demandadas.

Sentencia de primera instancia

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito en sentencia proferida el 06 de marzo del 2024 resolvió lo siguiente:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de inexistencia de la obligación.

SEGUNDO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD – ADRES, y a la NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la demanda

TERCERO: COSTAS a cargo de las demandantes; fíjense como agencias en derecho la suma de diez salarios mínimos legales mensuales vigentes a cargo de cada una de ellas y en favor de cada una de las demandadas.

El *a quo* resolvió absolver a la Nación – Ministerio de Salud y Protección Social y a la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, de todas y cada una de las pretensiones. Para arribar a esta decisión, consideró determinante la ausencia de un dictamen pericial con valor probatorio, cuya práctica había sido ordenada dentro de la etapa procesal correspondiente, en virtud del artículo 228 del Código General del Proceso. Pese a haberse otorgado una última oportunidad para que el perito designado concurriera a la audiencia con el fin de reabrir el debate probatorio y someterse al contradictorio, este no

compareció ni se excusó válidamente, lo que impidió dotar de eficacia a su experticia. En consecuencia, al no contar el juzgado con el soporte técnico indispensable para comprender y valorar los aspectos médicos, administrativos y tarifarios involucrados en los recobros por servicios de salud no incluidos en el Plan Obligatorio de Salud, se configuró una insuficiencia probatoria insuperable.

Desde la óptica del despacho, la controversia planteada exigía una evaluación especializada que permitiera esclarecer si los servicios objeto de recobro cumplían con los requisitos técnicos exigidos por el marco normativo vigente para los años 2011 a 2014, particularmente lo previsto en la Resolución 416 de 2009 y los anexos técnicos que regulan la codificación de procedimientos, medicamentos y servicios facturados por las EPS. En ausencia del dictamen pericial, el juez señaló que carecía de las herramientas técnicas necesarias para asumir funciones propias de un auditor médico, por lo que no es posible validar ni desvirtuar las glosas o los fundamentos técnicos en que se basaron las entidades para negar el pago. Esta circunstancia ha sido reiteradamente reconocida por la jurisprudencia, entre otras, en la sentencia STC2066-2021 de la Corte Suprema de Justicia, que señala la función orientadora y auxiliar del dictamen pericial, cuya valoración corresponde al juez dentro de los parámetros de la sana crítica, pero cuya omisión no puede ser suplida por simples apreciaciones jurídicas cuando el asunto involucra elementos técnicos complejos.

En virtud de lo anterior, para el togado de primer grado al no haberse acreditado dentro del proceso los hechos constitutivos del derecho alegado, ni la obligación sustancial a cargo de las entidades demandadas, se declaró probada la excepción de inexistencia de la obligación.

Recursos de Apelación

Mediante apoderada judicial, las entidades demandantes EPS Sanitas S.A. y la Compañía de Medicina Prepagada Colsanitas S.A. interpusieron recurso de apelación contra la sentencia proferida en primera instancia, manifestando su inconformidad frente a la decisión que negó las pretensiones formuladas en la demanda, argumentando una supuesta orfandad probatoria. En criterio de la recurrente, dicha conclusión resulta desacertada, pues dentro del proceso se allegó no solo el dictamen pericial correspondiente, sino también documentación idónea que permitiría establecer si los servicios recobrados se encontraban o no incluidos en el plan de beneficios vigente para el momento de su prestación. Asimismo, indicó que, a través de los

documentos aportados y de los fundamentos normativos citados en los alegatos de conclusión, se evidenciaba que algunos procedimientos, como la laparoscopia, no estaban comprendidos dentro del sistema taxativo de tecnologías autorizadas para ese periodo, lo cual justifica su exclusión del Plan Obligatorio de Salud y, por ende, el derecho al recobro por parte de sus representadas.

De igual forma, la apelante precisó que, si bien el despacho de primera instancia manifestó la necesidad de contar con la comparecencia del perito que rindió el dictamen, tal comparecencia no pudo materializarse debido a que dicho profesional se encontraba citado para la misma fecha en una audiencia ante el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo establece el artículo 228 del Código General del Proceso. La apoderada solicitó que se valorara dicha circunstancia y se autorizara su citación a una nueva diligencia, a fin de permitir el adecuado ejercicio de contradicción del dictamen pericial, que no fue posible en la oportunidad inicialmente prevista. Aunado a lo anterior, sostuvo que la verificación de las exclusiones e inclusiones del plan de beneficios podría efectuarse directamente por el despacho con fundamento en los listados normativos aplicables, y que, no obstante ello, su parte aportó elementos de juicio adicionales, como conceptos especializados, con el propósito de facilitar el análisis técnico-jurídico del caso.

En igual sentido, expresó su inconformidad respecto de la condena en costas impuesta en la sentencia, la cual calificó como desproporcionada y carente de sustento, en especial teniendo en cuenta que se condenó a sus representadas al pago de veinte (20) salarios mínimos legales mensuales, sin considerar la inasistencia del Ministerio de Salud y Protección Social a la diligencia y la inactividad procesal de algunas de las partes beneficiadas. En ese sentido, la apoderada de EPS Sanitas y Colsanitas solicitó al Tribunal la revocatoria total de la decisión recurrida y que, en su lugar, se acceda a las pretensiones formuladas en la demanda, en consideración a los argumentos probatorios y jurídicos expuestos.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, esta Sala de decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente al interponer y sustentar el recurso ante la primera instancia, ya que el fallo que se profiera debe

estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos a estos.

Así las cosas, una vez aclarado lo anterior, se tiene que los problemas jurídicos por resolver consisten en: i) Determinar si el juzgado incurrió en error al no realizar el estudio de las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta la totalidad del material probatorio obrante en el plenario; y ii) en caso afirmativo, establecer si procede proferir condena en los términos indicados en la demanda, respecto de los recobros de facturas médicas que no fueron objeto de transacción, conforme a lo señalado en el presente caso.

Previo a abordar el estudio de los problemas jurídicos planteados en esta instancia, esta Sala considera necesario referirse a las manifestaciones allegadas por el perito Fernando Quintero Bohórquez, quien solicitó que se tuviera por justificada su inasistencia a la audiencia programada para el 6 de marzo de 2024, a las 8:30 a.m., invocando lo previsto en el artículo 228 del Código General del Proceso. Dicha norma establece que: *“Si se excusa al perito, antes de su intervención en la audiencia, por fuerza mayor o caso fortuito, el juez recaudará las demás pruebas y suspenderá la audiencia para continuarla en nueva fecha y hora que señalará antes de cerrarla...”*.

Según lo expuesto por el experto, su inasistencia obedeció a una citación previa efectuada por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, dentro de otro proceso. Adicionalmente, señaló que *“(…) a los varios correos que llegaron los días 6 y 7 de febrero de 2024, los cuales contenían un enlace de expediente digital distinto al del proceso aquí referido, lo cual también generó confusión (...)”*. Con base en estos elementos, solicitó ser excusado por su inasistencia y que se le permitiera sustentar el dictamen pericial en una nueva fecha.

Sin embargo, al examinar las circunstancias alegadas por el perito, este Tribunal observa que, si bien se invocan situaciones ajenas a su voluntad, no obra en el expediente constancia alguna de que se hubiera informado oportunamente al despacho de primera instancia sobre tales hechos antes de la fecha fijada para la diligencia. En efecto, el artículo 228 del Código General del Proceso contempla expresamente que *“el perito solo podrá excusarse una vez”* y que *“las justificaciones que por las mismas causas sean presentadas dentro de los tres (3) días siguientes a la audiencia, solo autorizan el decreto de la prueba en segunda instancia, si ya se hubiere proferido sentencia”*.

No obstante, se debe tener en cuenta que el perito contaba con el tiempo suficiente para excusar su inasistencia, y no se trata de un hecho que pueda considerarse como fuerza mayor o caso fortuito, puesto que bajo esas condiciones, el perito tenía la posibilidad de informar al despacho de primera instancia con la antelación necesaria, de modo que permitiera aplicar lo previsto en el artículo 228 del CGP.

Así las cosas, esta Corporación concluye que no se cumplen los requisitos legales para validar la excusa presentada de forma extemporánea, ni para decretar la contradicción del dictamen en esta sede. En consecuencia, no es posible conferirle valor probatorio al dictamen rendido por el perito Fernando Quintero Bohórquez, en tanto su incomparecencia a la audiencia, sin excusa debidamente justificada con antelación, vulnera expresamente el mandato del artículo 228 del Código General del Proceso, que dispone que *“si el perito citado no asiste a la audiencia, el dictamen no tendrá valor”*.

Por las razones antes expuestas, no le asiste razón a la parte demandante al pretender que se tenga en cuenta la contradicción del dictamen pericial en esta sede, cuando fue la omisión del propio perito la que impidió su debida ratificación. En tal virtud, se acoge la decisión adoptada por el juzgado de primera instancia en cuanto a este aspecto, y se aclara que el dictamen pericial no será considerado como elemento de juicio en el análisis de fondo del presente asunto.

- **Sobre la apreciación de todos los elementos probatorios.**

Así las cosas, al abordar el primer problema jurídico planteado, esta Corporación señala que no comparte la tesis sostenida por el despacho de primera instancia, según la cual, dada la tecnicidad inherente al tema de los recobros de cuentas médicas por servicios no incluidos en el antiguo POS, hoy Plan de Beneficios en Salud, ante la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud (ADRES), resultaba imprescindible la práctica de un dictamen técnico para determinar si debía tenerse en cuenta dicha circunstancia.

Lo anterior, por cuanto no le asiste razón al *a quo*, en la medida en que la necesidad de dicho dictamen no constituye una exigencia de tarifa legal. En consecuencia, resulta aplicable lo dispuesto en los artículos 60 y 61 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, que establecen lo siguiente:

ARTÍCULO 60. ANÁLISIS DE LAS PRUEBAS. El juez, al proferir su decisión, analizará todas las pruebas allegadas en tiempo.

ARTÍCULO 61. LIBRE FORMACIÓN DEL CONVENCIMIENTO. El juez no estará sujeto a la tarifa legal de pruebas y, por tanto, formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. Sin embargo, cuando la ley exija determinada solemnidad ad substantiam actus, no se podrá admitir su prueba por otro medio. En todo caso, en la parte motiva de la sentencia el juez indicará los hechos y circunstancias que causaron su convencimiento.

En virtud de lo anterior, es claro que dicha normativa impone al juez el deber de valorar todas las pruebas legal y oportunamente incorporadas al proceso. Asimismo, se resalta que el presente asunto no está sujeto a una tarifa legal que imponga una carga probatoria exclusiva mediante dictamen pericial. Aunque en su momento fue decretada dicha prueba, la misma no fue practicada debido a la inasistencia del perito, conforme a lo previsto en el artículo 228 del Código General del Proceso.

No obstante, también es cierto que el expediente cuenta con otros elementos de juicio válidamente incorporados, que permiten realizar el análisis del caso sin que ello comprometa el derecho a la prueba ni la garantía del debido proceso. En efecto, obran en el plenario documentos y argumentos técnicos expuestos por los apoderados, los cuales permiten a esta Corporación efectuar el estudio de fondo, sin que la ausencia del dictamen pericial constituya un obstáculo insalvable para adoptar una decisión ajustada a derecho.

En virtud a lo anterior encuentra esta Sala que se debe de proceder con el estudio de las pretensiones con el material probatorio obrante en el presente proceso.

- **Sobre los recobros solicitados.**

Ahora bien para abordar el estudio de las pretensiones en la demanda se ha de indicar que en la subsanación de la demanda presentada por las demandantes el día 20 de marzo del 2015,

esta pretendía el recobro de un total de 25 facturas, los cuales ascendieron a \$60.776.633 por parte de EPS Sanitas S.A., correspondientes a veintiún (21) recobros, y a \$60.375.474 por parte de Colsanitas S.A.

No obstante lo anterior, vale la pena indicar que, conforme al desistimiento parcial presentado ante esta instancia por parte de la apoderada de las demandantes, se renunció al recobro de 12 facturas que ascendían a un valor de **\$89.016.448**. En consecuencia, esta Corporación, luego de realizar la depuración correspondiente, encuentra que permanecen vigentes 13 facturas, las cuales corresponden a las siguientes:

Radicado Fosyga	Valor de Recobro
24407433	\$1.652.993,65
24781212	\$4.996.709,50
48316431	\$5.443.754,00
48383807	\$320.214,00
50018639	\$5.719.500,00
51170842	\$80.400,00
51388256	\$8.176.830,00
51390888	\$49.200,00
52846511	\$315.000,00
52947382	\$412.351,00
54158321	\$6.494.656,00
54159180	\$503.600,00
54380152	\$44.100,00
TOTAL	\$34.209.308,15

En virtud a ello se procederá a revisar cada una de los anteriores recobros:

- **Sobre los recobros 24407433 y 24781212.**

Con fundamento en el análisis del expediente, esta Sala procede a pronunciarse respecto de los recobros identificados con los números 24407433 y 24781212, en tanto los mismos fueron presentados como solicitudes derivadas de órdenes judiciales proferidas mediante acciones de tutela.

En este sentido, resulta pertinente recordar que el artículo 11 de la Resolución 458 de 2010, *“Por la cual se reglamentan los Comités Técnico-Científicos, se establece el procedimiento de radicación, reconocimiento y pago de recobros ante el Fondo de Solidaridad y Garantía – Fosyga– y se dictan otras disposiciones aplicables durante el período de transición de que trata el artículo 19 del Decreto Legislativo 128 de 2010.”* establece los *“Requisitos especiales de la radicación de recobros originados en fallos de tutela”*, disponiendo expresamente que *“toda solicitud de recobro que deba ser reconocida y pagada por el FOSYGA derivada de un fallo de tutela, deberá presentarse ante el administrador fiduciario de los recursos del FOSYGA, diligenciando el formulario establecido para su procedimiento”*. Asimismo, dicha norma exige la presentación de diversos documentos soporte, entre ellos, la *“copia del fallo de tutela”*, y precisa que *“para cuentas consecutivas originadas en el mismo fallo, se relacionará el número de radicado de la primera cuenta presentada en la cual se anexó la copia del fallo”*. Igualmente, advierte que *“los documentos de que trata este artículo para cada solicitud de recobro, deberán estar debidamente legajados y foliados con sujeción estricta al orden señalado”*.

En igual sentido, dicho criterio fue reiterado en la Resolución 458 de 2013, la cual establece en su artículo 3º los requisitos generales para el proceso de verificación de los recobros, señalando que las entidades recobrantes deberán anexar a las solicitudes los siguientes documentos: i) el formato de solicitud de recobro que, para tal efecto, determine la Dirección de Administración de Fondos de la Protección Social o quien haga sus veces; ii) copia del acta del Comité Técnico-Científico (CTC) **o del fallo de tutela**, precisando que en el caso de prestaciones periódicas esta documentación deberá radicarse una sola vez, y en las solicitudes posteriores bastará con informar el número único de radicación del recobro en el cual se aportó dicha copia; y iii) copia de la factura de venta o del documento equivalente. Esta disposición refuerza la exigencia de acreditar adecuadamente los soportes documentales que justifiquen el reconocimiento de los valores reclamados, especialmente cuando se trata de recobros originados en decisiones judiciales o comités científicos.

Ahora bien, al realizar la revisión detallada de los recobros obrantes en el expediente, se observa que respecto de las facturas correspondientes a los recobros 24407433 y 24781212, no fue allegada copia del fallo de tutela que habría dado origen al reconocimiento reclamado, tal como lo exige las normas citadas.

Así las cosas, y dada la ausencia de un documento esencial exigido de manera expresa por el ordenamiento jurídico para acreditar la procedencia del recobro, *“la copia del fallo de tutela”*, esta corporación concluye que las solicitudes de recobro identificadas no cumplen con los requisitos legales previstos en la Resolución 458 de 2010 ni en la en la Resolución 458 de 2013, motivo por el cual deben ser excluidas del análisis probatorio con efectos de condena, y en tal virtud no se accede al pago de dichas facturas, por no contar con los soportes documentales exigidos normativamente.

- **Sobre las facturas 48383807, 51170842, 51390888 , 52846511, 54159180, 54380152 y 50018639.**

En relación con las solicitudes de recobro radicadas bajo los números 48383807, 51170842, 51390888, 52846511, 54159180, 54380152 y 50018639, esta Sala encuentra que las mismas no cumplen con la totalidad de los requisitos normativos exigidos para su estudio de fondo. En efecto, al verificar la documentación aportada, se constata que no fueron allegados elementos esenciales previstos en las Resoluciones 548 de 2010 y 458 de 2013, los cuales son de obligatorio cumplimiento para la procedencia de estos recobros ante el FOSYGA, por concepto de servicios médicos, medicamentos o prestaciones de salud no incluidas en el Plan Obligatorio de Salud (POS).

En particular, el artículo 10 de la Resolución 548 de 2010 establece de forma expresa que toda solicitud de recobro debe allegar los documentos que permitan verificar el cumplimiento de los criterios de evaluación y autorización de las tecnologías en salud no POS, entre los cuales se destacan el *“resumen de atención o epícrisis, historia clínica del afiliado o paciente”*. De manera textual, la norma señala: *“La verificación del cumplimiento de los criterios de evaluación y autorización contenidos en la presente resolución, certificando que estos han sido constatados en resumen de atención o epícrisis, historia clínica del afiliado o paciente”*. Esta obligación es reiterada en el numeral 1.9 del artículo 4° de la Resolución 458 de 2013, que

precisa igualmente: *“La verificación del cumplimiento de los criterios de evaluación y autorización contenidos en la presente resolución, certificando que estos han sido constatados en resumen de atención o epícrisis, historia clínica del afiliado o paciente”*.

Así mismo, resulta pertinente recordar que el incumplimiento de estos requisitos formales impide a esta corporación entrar a valorar de fondo las pretensiones económicas derivadas de tales facturas, por cuanto no es posible constatar la efectiva prestación de los servicios reclamados, ni su autorización conforme a la normativa vigente. Aunado a ello, en los expedientes respectivos tampoco se encuentran otros documentos exigidos, elementos que resultan indispensables para acreditar la trazabilidad y justificación clínica de la solicitud.

Pot tanto, al evidenciarse la omisión en el cumplimiento de estos requisitos, particularmente la *remisión obligatoria del resumen de atención o epícrisis e historia clínica*, esta Sala concluye que los recobros referidos deben ser excluidos del análisis y reconocimiento económico, al no reunir las condiciones mínimas previstas en el ordenamiento jurídico para su admisión ante el FOSYGA hoy ADRES.

- **Sobre las facturas 48316431, 51388256, 52947382 y 54158321.**

En relación con las facturas radicadas bajo los números 48316431, 51388256, 52947382 y 54158321, esta Sala observa que los servicios objeto de recobro fueron prestados entre el 7 de marzo de 2011 y el 28 de agosto de 2012. Por tanto, resulta aplicable el Anexo 2 del Acuerdo 029 de 2011, el cual se encontraba vigente para la fecha de la prestación de los servicios.

Bajo ese contexto normativo, al realizar el análisis correspondiente, se advierte que los procedimientos objeto de recobro no se encontraban incluidos en el Plan Obligatorio de Salud vigente para la época, razón por la cual deben ser considerados como servicios NO POS. En consecuencia, no resulta procedente acoger las glosas impuestas por parte del Ministerio de Salud y Protección Social y de la Administradora de los Recursos del Sistema General de Seguridad Social en Salud – ADRES, bajo el argumento de que tales servicios se encontraban incluidos en el POS y que, por tanto, ya habían sido reconocidos a través de la Unidad de Pago por Capitación (UPC).

En efecto, no se comparte la objeción formulada en las respectivas glosas, en las que se afirma que los procedimientos "descenso abdomino-perineal laparoscópico con colostomía", "sección ligadura de trompas por laparoscopia" y "proctosigmoidectomía con colocación de colostomía

por laparoscopia", al igual que los servicios facturados en paquete, estaban incluidos en el POS y su valor ya había sido reconocido mediante la UPC. Tal afirmación es desvirtuada por la verificación normativa realizada por esta Corporación, conforme a la cual tales servicios no se encontraban incluidos en el listado de procedimientos y servicios del Acuerdo 029 de 2011, ni en sus anexos.

Así las cosas, se encuentra acreditado que los servicios y suministros objeto de las facturas analizadas constituyen efectivamente tecnologías en salud no cubiertas por el POS vigente a la fecha de su prestación, por lo cual procede el reconocimiento y pago de los siguientes valores de recobro:

- Radicado 48316431: \$5.443.754
- Radicado 51388256: \$8.176.830
- Radicado 52947382: \$412.351
- Radicado 54158321: \$6.494.656

En consecuencia de lo anterior habrá lugar a reconocer un total de \$20.527.591, suma que deberá ser reconocida y cancelada conforme a las disposiciones legales que regulan el régimen de recobros por tecnologías en salud no POS.

- **Sobre las pretensiones de condena por daño emergente.**

Ahora bien, una vez efectuado el análisis precedente, esta colegiatura procede a pronunciarse respecto de las pretensiones tercera y cuarta formuladas por las entidades demandantes, en las que se solicita la condena al pago de una indemnización por concepto de daño emergente, derivado del presunto incumplimiento en el reconocimiento y pago de determinadas sumas asumidas por la EPS Sanitas S.A., así como por la Compañía de Medicina Prepagada Colsanitas S.A., en virtud de órdenes judiciales proferidas en el marco de acciones de tutela.

Al respecto, se encuentra que no le asiste razón a las entidades demandantes para que se profiera condena en su favor por dicho concepto, toda vez que, conforme al estudio de fondo realizado, en el presente caso no se accedió a la condena relacionada con los recobros médicos cuya causa fue una orden de tutela. Así las cosas, al no haberse accedido al reconocimiento de

dichas sumas, que constituyen el fundamento de las pretensiones tercera y cuarta, no es jurídicamente viable imponer una condena por daño emergente en los términos solicitados.

En efecto, la pretensión tercera y cuarta solicita el: “(...) reconocimiento y pago de las sumas que fueron asumidas por (...). **y que fueron destinadas a la cobertura de servicios de salud a favor de diferentes usuarios con ocasión a órdenes dadas en providencias proferidas en acciones de tutela** (...)” (Negrilla fuera del texto original).

En ese orden de ideas, y al no haberse proferido condena en relación con las sumas cuyo pago se solicita como daño emergente, esta Sala se abstiene de emitir pronunciamiento favorable frente a dichas pretensiones, motivo por el cual se dispondrá la absolución respecto de las mismas.

- **Condena en gastos administrativos y de manejo de cuentas no POS hoy PBS.**

Continuando con el análisis de las pretensiones formuladas por las entidades demandantes en el presente asunto, esta colegiatura se refiere a las contenidas en los numerales quinto y sexto de su escrito, mediante los cuales solicitan que se condene al reconocimiento de sumas por concepto de gastos administrativos inherentes a la gestión y manejo de las prestaciones excluidas del Plan Obligatorio de Salud, hoy Plan de Beneficios en Salud (PBS).

Al respecto, considera esta Sala que no es procedente emitir condena alguna bajo dicho concepto, toda vez que, conforme a lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, aplicable por remisión analógica del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, corresponde a las partes acreditar los supuestos de hecho que sustentan las normas jurídicas en las cuales se fundan sus pretensiones o excepciones. La omisión de esta carga probatoria conduce, necesariamente, a la desestimación de la respectiva pretensión.

En este sentido, no se allegó al expediente prueba alguna que permita establecer, de manera cierta, la existencia y cuantía de los supuestos gastos administrativos derivados de la gestión de las prestaciones excluidas del POS. Tampoco se demostró que exista una disposición normativa específica que autorice, en los casos como el presente, la procedencia automática o razonable del pago equivalente al 10% del valor de los recobros declarados. Por el contrario, acceder a tal solicitud implicaría imponer al Sistema General de Seguridad Social en Salud una

carga desproporcionada y carente de respaldo legal. Por todo lo anterior, esta corporación habrá de absolver a las entidades demandadas del reconocimiento de este concepto.

- **Sobre el pago de intereses moratorios.**

Pasando al estudio de la pretensión séptima, esta Corporación encuentra acreditado que sí hay lugar a acceder a la condena solicitada por concepto de intereses moratorios, aunque no en los términos exactos planteados en dicha pretensión, sino conforme a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico vigente y la jurisprudencia aplicable.

En efecto, el artículo 24 del Decreto 4747 de 2007 establece expresamente que, en aquellos eventos en los que las devoluciones o glosas formuladas no tengan fundamentación objetiva, procede el reconocimiento de intereses moratorios desde la fecha de presentación de la cuenta de cobro o factura, conforme a lo establecido en el artículo 7 del Decreto 1281 de 2002. Esta disposición sienta la base normativa para la procedencia de dichos intereses, en casos en los que se compruebe que las glosas carecen de sustento técnico o legal.

Adicionalmente, esta interpretación normativa ha sido respaldada por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en particular en la sentencia con radicado SL-2772 de 2021, donde se indicó que: *“De la preceptiva citada surge, sin lugar a equívocos, la procedencia de los intereses moratorios, 'en el evento en que las glosas formuladas resulten infundadas', que es el caso al que se contrae el sub lite, en el que, como quedó demostrado, la mayoría de los recobros cuyo pago aquí se reclama, fueron objeto de glosas carentes de fundamento”*. A renglón seguido, se concluye que no resulta procedente argumentar la inexistencia de plazo para el pago como causal de improcedencia de los intereses, cuando estos se sustentan, precisamente, en la existencia de glosas infundadas.

Frente a la fecha a partir de la cual se deben causar los intereses, esta Corporación refiere que el artículo 13 del Decreto 1281 de 2002 no establece expresamente un plazo de pago para los recobros con cargo al Fosyga, esta omisión fue superada por la expedición de la Resolución 3797 de 2004, cuyo artículo 13 fijó un plazo de dos (2) meses para que el Ministerio de la Protección Social, o quien hiciera sus veces, estudiará la solicitud e informará el resultado, y, en caso de aprobación, efectuará el pago. Aunque esta resolución fue posteriormente derogada por las Resoluciones 2933 de 2006 y 3099 de 2008, modificadas a su vez por las Resoluciones

3754 y 5033 de 2008, 4377 de 2010, y 1089 y 2064 de 2011, en todas se mantuvo el mismo plazo de pago de dos meses.

Por tanto, en el presente caso, al verificarse que algunas de las glosas fueron infundadas y que los recobros fueron radicados de manera oportuna, los intereses moratorios deben reconocerse a partir de los dos (2) meses siguientes a la radicación de cada una de las cuentas, conforme al desarrollo normativo y jurisprudencial antes expuesto. La liquidación deberá efectuarse con base en la tasa máxima certificada por el Banco de la República, tal como corresponde en estos eventos. Es por ello que verificando la información que reposa en el archivo: “CMP-02340-16 OFICIO 201633100112941 SGD 358335 SANITAS Y COLSANITAS EPS-2” se encuentra que dichas fechas corresponden a:

Radicado Fosyga	Fechas de radicación
48316431	11/08/2011
51388256	15/06/2012
52947382	15/11/2012
54158321	14/03/2013

En ese sentido, accederá esta Sala a la pretensión séptima parcialmente, en cuanto al reconocimiento de intereses moratorios, pero bajo los términos legales señalados y no conforme a lo solicitado por la parte actora. De igual forma, al haberse concedido el reconocimiento de intereses moratorios, resulta procedente absolver la pretensión octava, en la cual se solicitaba la actualización de las sumas reconocidas conforme al Índice de Precios al Consumidor (IPC), en tanto no resulta viable jurídicamente una doble actualización o compensación económica sobre los mismos conceptos. La concesión de intereses moratorios excluye, por su naturaleza, la procedencia de una actualización adicional por inflación, razón por la cual esta última solicitud debe ser desestimada.

COSTAS

En el presente proceso se condenara a la suma de \$1.500.000 por condena en costas y agencias en derecho en esta instancia, las de primera estara a cargo de la parte demandada.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá el 19 de diciembre del 2019, dentro del proceso promovido por ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS E.P.S., y la COMPAÑÍA DE MEDICINA PREPAGADA COLSANITAS S.A. contra NACIÓN – MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL y la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD - ADRES, por los motivos antes expuestos.

SEGUNDO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- ADRES a reconocer y pagar a las demandantes ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS E.P.S., y la COMPAÑÍA DE MEDICINA PREPAGADA COLSANITAS S.A. la suma de \$20'527.591 Mcte, correspondiente al recobro de las facturas 48316531 por \$5.443.754, la factura 51388256 por \$8.176.830, factura 52947382 por \$412.351, factura 54158321 por \$6.494.656., conforme la parte motiva de la presente providencia.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD SOCIAL EN SALUD- ADRES a reconocer y pagar a las demandantes ENTIDAD PROMOTORA DE SALUD SANITAS E.P.S., y la COMPAÑÍA DE MEDICINA PREPAGADA COLSANITAS S.A. al reconocimiento de los intereses moratorios a la tasa máxima certificada por el Banco de la República, sobre los valores condenados en el numeral segundo de la presente providencia, dichos intereses moratorios deben reconocerse a partir de los dos (2) meses siguientes a la radicación de cada una de las cuentas.

CUARTO: ABSOLVER de las demás pretensiones incoadas por la demandante a la demandada a NACIÓN MINISTERIO DE SALUD Y PROTECCIÓN SOCIAL

ADMINISTRADORA DE LOS RECURSOS DEL SISTEMA GENERAL DE SEGURIDAD
SOCIAL EN SALUD- ADRES

QUINTO: CONDENAR a la suma de \$1.500.000 por concepto de costas y agencias en
derecho en esta instancia, las de primera estara a cargo de la parte demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



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

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR DIEGO FERNANDO ROMERO GABELO contra la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. Radicación No. 11001-31-05-037-2023-00059-01.

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticinco (2025); se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022; con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado del demandante contra la sentencia del 06 de junio de 2024 proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala; se procede a proferir la siguiente sentencia:

SENTENCIA

El demandante DIEGO FERNANDO ROMERO GABELO, por intermedio de apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la demandada antes referida para que se declare la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre las partes ahora en litigio, que inició el día 11 de mayo de 2009 y finalizó el día 9 de septiembre de 2022, y que el mismo finalizó sin justa causa comprobada.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a la pasiva a pagar la indemnización por despido sin justa causa en los términos que señala el artículo 64 del C.S.T. y los daños y perjuicios ocasionados al señor DIEGO FERNANDO ROMERO GABELO, la indexación, la condena extra y ultra petita y las costas del proceso.

En respaldo de sus pretensiones manifiesta que suscribió dos contratos de trabajo con la sociedad BBVA HORIZONTE PENSIONES Y CESANTÍAS Nit 800.147.502-1, quien fue absorbido por PORVENIR S.A., que el primer contrato de trabajo fue a término fijo que

inició el 16 de mayo del 2007. Y un segundo contrato de trabajo a término indefinido que inició el 11 de mayo de 2009 y finalizó sin justa causa el 09 de septiembre de 2022, indicando que es frente a este último contrato es el que versa la litis.

Expone que el último cargo ocupado por el accionante fue el de *Analista I Dirección de Gestión Operativa Comercial* y el último salario devengado ascendió a la suma de \$3.219.588,00; que durante el tiempo en que laboró el promotor del proceso no recibió quejas, ni llamados de atención, ni fue objeto de procesos disciplinarios, afirmando además que este tuvo un buen desempeño.

Relata que el demandante junto con el señor Vladimir Camargo, organizaron un evento extra laboral, el día 26 de agosto del 2022, con ocasión al cumpleaños de un compañero de trabajo denominado Gerardo Sánchez, evento que, afirma el accionante se llevó a cabo en conjunto residencial Bosque de San Jorge, y al cual asegura asistieron tanto compañeros de trabajo como terceras personas ajenas a la empresa demandada.

Además, asevera que el evento fue auspiciado y patrocinado por los mismos participantes y no por la compañía demandada, que tampoco fue realizada dentro de la jornada laboral, y que la Sociedad Administradora De Fondos De Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. ni sus representantes participaron de forma directa o indirecta del evento organizado por el ahora demandante.

Continúa indicando que el 26 de agosto del 2022, cuando se encontraba en la parte de la parrilla junto con la señora Katherine Jacobo y otras compañeras departiendo, realizó un movimiento involuntario que alcanzó a rozar parte de la cadera de la señora Katherine Jacobo. Movimiento que en el dicho del accionante fue mal interpretado por la señora Katherine Jacobo, asegurando que esta se alteró y decidió retirarse del evento. No obstante, se asegura que el accionante se encontraba en la parrilla asando estando totalmente sucio de carbón, por lo que, si en realidad hubiese realizado la acción señalada por la señora Katherine Jacobo, hubiese quedado la marca en su ropa.

Luego afirma que los demás asistentes al evento al ver la situación ocurrida, le preguntaron a la señora Katherine Jacobo el motivo de su actitud, a lo que ella respondió, que el ahora demandante le pellizcó una parte de su cuerpo. Y que el accionante en aras de aclarar la situación y de mantener las buenas relaciones interpersonales, se acercó a la señora Katherine Jacobo, e intentó indicarle que no fue así y le pidió disculpas si mal interpretó algún movimiento de su parte.

Asegura que la señora Katherine Jacobo, presentó una queja formal ante la demandada por los hechos ocurridos, aseverando que la misma se interpuso sin un respaldo probatorio; que Porvenir S.A. citó al accionante a la diligencia de descargos el día 8 septiembre del 2022, programando la diligencia para el 9 del mismo mes y año.

Relata que en dicha diligencia de descargos se puso de presente al demandante la queja presentada por la señora Katherine Jacobo y un informe realizado por su superior jerárquico Gerardo Sánchez, que incluía señalamientos por el vocabulario del demandante en la mesa de trabajo y por el trato a sus compañeras de equipo. Empero, asegura que el mismo fue fabricado para la fecha en la que inició el proceso disciplinario, ya que previo a este no hubo ningún llamado de atención al demandante.

Indica que, en el proceso disciplinario, el promotor de la litis cuestionó las pruebas presentadas por su ex empleador, aportando el testimonio de Danna Yicel Cuadros Peña, quien lo conocía desde hacía cinco años y lo describió como un buen compañero y respetuoso con las mujeres, empero afirmó que no vio los hechos mencionados por Katherine Jacobo, a pesar de estar en el lugar. También afirma que, durante la diligencia de descargos, el actor sostuvo que los supuestos hechos no ocurrieron en una actividad laboral ni en un evento de la empresa, pero la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. insistió en que el evento sí se realizó en el contexto de la relación laboral.

Asegura que la empresa demandada no demostró haber organizado ni patrocinado el evento del 26 de agosto de 2022, ni implementó medidas correctivas frente a las presuntas conductas señaladas; que la decisión de finalizar el contrato de trabajo se basó únicamente en la queja de Katherine Jacobo, sin una investigación exhaustiva para verificar la veracidad de los hechos. Además, asegura que la empresa desestimó la declaración de la testigo Danna Yicel Cuadros Peña, violando el derecho de contradicción del accionante.

También indica que en la carta de terminación del contrato la convocada a juicio le “imputó” al demandante los delitos de injuria por vía de hecho y acoso sexual, sin que mediase sentencia judicial proferida por un juez penal y sin demostrar su configuración, e itera que la encartada basó su decisión en un evento extra laboral, realizado por fuera de la jornada de trabajo, en la que no podía aplicar el Reglamento Interno de Trabajo.

Actuación procesal

Admitida la demanda mediante auto del 10 de mayo de 2023, se procedió a notificar a la demandada Porvenir S.A. quien contestó la demanda en los términos del archivo 05 del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 06 de junio de 2024 resolvió:

PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, en consecuencia, absolver a PORVENIR S.A., de todas y cada de las

pretensiones invocadas en su contra por el señor DIEGO FERNANDO ROMERO GABELO, de conformidad con los argumentos expuestos en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: COSTAS a cargo de la parte demandante, para tal efecto se fijan como agencias en derecho a favor de la empresa demandada, la suma de \$400.000. Por Secretaría procédase a su liquidación en la oportunidad procesal pertinente.

Para sustentar su decisión, el *a quo* manifestó que, en el caso objeto de estudio no se encuentra en discusión la existencia de dos contratos de trabajo en los extremos determinados en el libelo introductor. Luego aseveró que el problema jurídico consistía establecer si el despido del demandante se presentó sin justa causa, y si procedía la indemnización y los perjuicios.

Acto seguido, afirmó que la parte actora cumplió con acreditar que la decisión del despido provino por parte de su empleador.

Expuso que en síntesis los presupuestos fácticos que dieron lugar al despido se circunscribieron a los hechos ocurridos el día 26 de agosto del año 2022. Fecha en la cual, por fuera de la oficina, el demandante, junto con otro compañero principalmente, organizaron un evento social para celebrar el cumpleaños de su jefe inmediato, señor Abel Gerardo Sánchez Caicedo. En esa oportunidad, en el área de parrilla del lugar del evento, la señora Katherine Jacobo manifestó que el actor le tocó un glúteo sin su consentimiento, que fue calificado como un acto injurioso, sumado al informe presentado por su jefe inmediato, en el que expuso que en repetidas ocasiones se le realizó retroalimentaciones al demandante sobre el vocabulario que manejaba en el trabajo, el cual no reflejaba respeto y causaba incomodidad en los demás miembros del equipo.

Luego, manifestó el juez que no acogía el argumento del demandante, referente a que las circunstancias enrostradas al trabajador se dieron en un evento privado realizado por fuera de la compañía. Para tal propósito precisó que se encontraba acreditado que, si bien en un primer momento se pensó en realizar una reunión pequeña, luego se convirtió en un evento de mayor impacto, con el acompañamiento de todo el personal del área digital de la empresa, así como personal de otras áreas, entre ellos los líderes del equipo y la gerente del área digital.

Acto seguido, hizo alusión a la declaración rendida por Laura Marcela Reyes Aponte, en su condición de gerente, quien aclaró que la reunión y los preparativos iniciales se realizaron desde las horas de la tarde de ese día, por lo que, para que las personas pudieran asistir, en particular inicialmente los organizadores, se solicitó permiso ante el vicepresidente de la compañía para que se ausentaran los trabajadores, tramitando la gerente ante el superior jerárquico dicha autorización.

Luego, el juez indicó que, si bien no se correspondió a un evento organizado por la compañía, si estuvo autorizado para su celebración, sobre todo para realizarse en horario laboral y generarse el ausentismo por esa razón. Además, indicó que los asistentes en sus cargos de directivos generan la calidad de representante del empleador en los términos del artículo 32 del Código Sustantivo del Trabajo, y al estar, en estricto sentido, reunidos en el entorno laboral, el decoro y el comportamiento de los trabajadores también debía ser respetado y garantizado. Afirmando también que no sólo estaba el impacto privado, sino el laboral, por el contexto en que se desarrollaba la reunión.

Posteriormente, expuso que al actor se le garantizó ser oído en diligencia de descargos, con lo cual se garantizó su derecho de defensa.

Respecto a los testimonios rendidos, expuso que se les asignará plena credibilidad por ser testigos directos de los hechos informados con la explicación del tiempo, modo y lugar de sus afirmaciones.

Hizo mención a que la testigo Leidy Katherine Jacobo Perea, ratificó el comportamiento realizado por el actor en su humanidad, reiterando el tocamiento en el glúteo a través de un pellizco en el área de parrilla, situación que manifestó la paralizó y la dejó sin reacción, para luego tomar su celular y ausentarse del sitio. Indicando que las personas que la auxiliaron en un primer momento fueron el señor John Duarte y Danna Cuadros, a quienes les comunicó lo ocurrido.

Respecto al testimonio de Danna Yicel Cuadros Peña, señaló que esta testigo advirtió que, estando presente allí en esa área, no tuvo la oportunidad de ver cuando el demandante realizó algún tocamiento a la demandante; aclaró que el espacio era reducido y eventualmente se podían presentar roces por la entrega de carne para picar, sin embargo, resaltó el juez que la testigo aclaró que sólo tuvo conocimiento luego del suceso, cuando se lo comentó la señora Katherine.

Frente al testigo Vladimir Camargo Quiroz, indicó que este sólo tuvo conocimiento de los mismos cuando vio la reacción del llanto de la demandante e intentó calmarla. Y de otra parte, afirmó que el testigo Abel Gerardo Sánchez Caicedo, quien fue el homenajeador en ese evento, manifestó que no tuvo conocimiento siquiera de la situación que ocurrió el día de la fiesta, pues sólo fue informado por la gerente señora Marcela, al día siguiente a hábil luego de ocurrido los hechos.

Refirió que Marcela Reyes, gerente del área de tecnología, calificó al actor como una persona coqueta, aunque aclaró que con ella no fue irrespetuosa, lo cierto es que señaló incluso que el día del asado, al ella agacharse se realizó por parte del demandante un comentario que calificó con la palabra desagradable, ante lo cual le dijo de manera expresa *«pilas para llamarle la atención frente a ello»*.

Continuó diciendo el juzgador que el señor Abel Gerardo Sánchez Caicedo manifestó que, por solicitud en el trámite de la investigación de los hechos, se le pidió un informe respecto a la conducta laboral del actor. Esta solicitud fue reiterada en la declaración judicial, donde indicó que la retroalimentación realizada en la relación laboral se le hizo al demandante por el uso de lenguaje no adecuado. Y expuso que, aunque los testigos indican que algunos compañeros lo toleraban, también generaba incomodidad en otros que se encontraban en la mesa donde compartían constantemente. Y aclaró que sus comentarios estaban en una delicada línea entre un chiste y una mala interpretación, por lo que la retroalimentación fue constante.

Seguidamente destacó que llama la atención que, si bien el demandante no aceptó la comisión de los hechos como lo narró su compañera, no desconoce que pudo haber un roce entre ellos de manera particular en su cadera.

Luego, continuó destacando que el enfoque de género en el derecho debe aplicarse en todos los escenarios sociales, como lo hizo la entidad demandada en su entorno laboral. Que ante la denuncia presentada por la trabajadora, acreditada mediante pruebas, la entidad actuó correctamente al erradicar cualquier conducta que atentara contra la mujer en el ámbito laboral. Y aseveró que la actuación de la entidad, respetando el debido proceso y el derecho de defensa, se calificó como ajustada al derecho y al orden constitucional, concluyendo que existía una justa causa de despido basada en las normas sustanciales y particulares del Reglamento Interno de Trabajo y el Código de Ética de la empresa.

Finalmente, expuso que, aunque el demandante de forma contradictoria a lo indicado en la diligencia de descargos, manifestó desconocer el Reglamento Interno de Trabajo y el Código de Ética de la empresa, las declaraciones recibidas dan fe que la información era pública y accesible a través de intranet de la entidad, lo que no justifica su desconocimiento. Por lo tanto, el despacho concluyó que la causa justificativa de despido quedó acreditada mediante el material probatorio, y declaró probada la excepción propuesta de inexistencia de la obligación y cobro indebido.

Recurso de Apelación

El apoderado del demandante presentó recurso de apelación indicando que el juez no tuvo en cuenta que el representante legal de la enjuiciada admitió que Porvenir no patrocinó ni autorizó el evento, y que el mismo funcionario reconoció que la empresa no tiene como política organizar esos eventos ni patrocinarlos para celebrar el cumpleaños de sus trabajadores. Y que esto fue ratificado por los testigos quienes indicaron que no se había realizado otro evento similar con ocasión al cumpleaños de los trabajadores y que en caso de hacerse se daba en horas de almuerzo, regresando a las actividades normales del trabajador.

Además, indicó el juez no tuvo en consideración que la empresa solo les otorgó permiso a algunos trabajadores. Pues los testigos reconocieron que no fue a todos los trabajadores a los que se les dio permiso para asistir a organizar la reunión, sino solo a algunos pocos. Y afirma que este permiso implica que el trabajador salga de su jornada laboral, de su horario laboral y de su lugar de trabajo y se dedique a otra actividad ajena al objeto social de la empresa.

Cuestiona que la empresa se limitó a escuchar a la quejosa, y a pedirle un informe al jefe del demandante, indicando que el señor Abel Gerardo reconoció que el emitió ese informe porque se lo solicitaron y no por su iniciativa. Por lo cual, alega el recurrente que quedó demostrado que la empresa intentó buscar razones en contra del demandante para tomar la decisión de despedirlo, sin realizar una investigación objetiva encaminada a determinar si había justa causa o no para terminar el contrato.

Afirma que, si bien la testigo Katherine se ratificó en el comportamiento y reiteró el tocamiento efectuado por el demandante, aseveró que ninguno de los testigos vio en ningún momento que el señor demandante haya incurrido en la conducta que le endilga la señora Katherine Romero, ni siquiera la señora Danna quien estaba junto a ellos.

También señala que erró el juez al indicar que el actor reconoció que hubo algún roce entre él y la señora Katherine por el área de la cadera, afirmando que el accionante jamás reconoció esto, sino afirmó que esto fue lo que pudo haber pasado y que con base en esa posibilidad la señora Katherine pudo haberlo mal interpretado.

Adicionalmente indicó que el juez basó su decisión en indicios, considerando desacertada esta posición, puesto que en el presente proceso debería haberse probado o acreditado de manera contundente que el señor incurrió en las malas conductas que le endilgan.

Luego hizo alusión a que el trabajador llevaba trabajando 13 a 14 años con la compañía, para afirmar que resultaba extraño que en todos esos años no hubiese una sola queja. Que la testigo Danna Yicel Cuadros Peña, compañera de trabajo del demandante, manifestó contundentemente que el señor Diego jamás, jamás hizo comentarios morbosos ni doble sentido con ella, ni con ninguna otra compañera, y que así también lo hizo la señora Marcela Reyes, jefe del accionante.

Expone que, si bien la señora Marcela Reyes manifiesta que, en el evento del 26 de agosto, el señor Diego hizo un comentario que le pareció indecente o inaceptable, el cual ella le reprochó, no puede perderse de vista que se trataba de evento que no estaba enmarcado dentro del contexto laboral y adicionalmente a eso, la testigo lo que manifiesta lo hace en ese contexto.

Frente a la manifestación del jefe del demandante de que había hecho retroalimentaciones al señor Diego respecto a sus comentarios morbosos y sexuales, asevera el recurrente que todos

hacían los mismos chistes y de que todos utilizaban el mismo vocabulario, por lo cual, en criterio del apoderado, no resulta aceptable que sea el señor Diego el único que se le reproche después de 14 años esa conducta.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Con auto del 21 de agosto de 2024 se admitió el recurso de apelación y se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión; concurrieron ambas partes.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver son: *i)* determinar si la demandada demostró la justa causa invocada en la carta de terminación del contrato de trabajo, como lo concluyó el a quo; y en caso contrario, *ii)* establecer si al demandante le asiste el derecho al pago de la indemnización por despido sin justa causa y la indemnización de los perjuicios causados.

Planteada de esta forma la controversia, sea preciso advertir que entre las partes no se discute que el demandante celebró con la demandada Porvenir S.A. antes Horizonte S.A. un contrato de trabajo a término indefinido que inició desde el 11 de mayo de 2009 y culminó el 09 de septiembre de 2022, fecha en la cual el contrato finalizó por decisión unilateral del empleador. Según se desprende del contrato de trabajo obrante a folio 53 a 54 archivo 05 y en la carta de terminación del 09 de septiembre de 2022, obrante a folio 72 a 82 del archivo 05 del expediente digital.

Claro lo anterior, procede la sala a resolver lo atinente a la demostración de la justa causa invocada por la demandada en la carta de terminación del contrato de trabajo, y en este punto debe considerarse que en los procesos laborales, independientemente de las pretensiones que con los mismos se persigan, debe observarse el principio universal de la carga de la prueba (artículo 167 del CGP); esto quiere decir que quien afirma una cosa es quien está obligado a demostrarla o probarla, forzando a quien pretende o demanda un derecho, acreditar los hechos en que se fundamente el mismo. De igual forma, hay un desplazamiento de la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado.

Tampoco puede perderse de vista que la jurisprudencia del precedente vertical ha sido enfática en señalar que, en los eventos en los que el trabajador afirma haber sido despedido sin justa causa, le corresponde demostrar el hecho del despido, mientras que al empleador le corresponde acreditar la configuración de la causa del mismo.

De esta forma, es claro para la Sala que el reparo planteado por el apoderado del demandante, se centra en el alcance que debe darse a las pruebas del proceso, por tanto, es pertinente tener muy en cuenta los parámetros señalados en el artículo 61 del CPT y de la SS, que dispone que el juez no está sujeto a tarifa legal, y por tanto, formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo las circunstancias relevantes del pleito.

Teniendo en cuenta lo anterior, al descender a las pruebas del proceso, más específicamente a la carta de terminación del contrato de trabajo obrante a folios 72 a 82 del archivo 05 del expediente digital, en la que la demandada afirma lo siguiente:

*“En razón a esto, es claro que con su actuar se configura la afectación directa de los intereses de esta compañía, generando perjuicios que le son atribuibles a la forma en cómo actuó frente a su compañera de trabajo Katherine Jacobo, y frente a sus demás compañeros de trabajo, por tanto, se tipifica como un grave incumplimiento contractual, situación que, a todas luces, no se ajusta a lo contenido en su contrato de trabajo y demás otrosíes suscritos, que establecen que **es su obligación como trabajador respetar a sus compañeros y actuar bajo los preceptos de la dignidad, a la moral y a la integridad, teniendo en cuenta que los actos que se realicen sin el consentimiento de la persona hacia la cual van dirigidos, como en este caso, "pellizcarle la nalga" a su compañera de trabajo sin su consentimiento, representa la trasgresión de su esfera íntima como persona y como mujer, incurriendo en un acto que no se ajusta con la cultura líder de esta compañía y que distingue a todos nuestros trabajadores por el respeto y la moral a la hora de actuar en cualquier ámbito.***

Complementando lo anterior, es menester hacer énfasis en la prohibición establecida por parte de esta compañía respecto del actuar dirigido a la omisión de la moral y el respeto, generando así perjuicios reputacionales para Porvenir S.A. Por esta razón, se evidencia que usted incumplió gravemente sus obligaciones laborales toda vez que irrespeto a su compañera de trabajo Katherine Jacobo mediante el acoso sexual del cual ella fue víctima. Dicha conducta no es tolerada por la compañía, máxime cuando se esperaba que usted cumpliera con los lineamientos de la compañía dirigidos a actuar con respeto.

2. Una vez fue escuchado en diligencia de descargos, y cerrado el debate probatorio, la empresa ha realizado un análisis integral e imparcial de los hechos, conductas, pruebas y demás aspectos que fueran pertinentes dentro de la investigación y profirió decisión de dar por terminado con justa causa su contrato de trabajo, el cual encuentra su fundamento en los numerales 2, 3 y 6 del artículo 62 del Código Sustantivo del Trabajo, decisión que se ajusta a los principios de proporcionalidad, razonabilidad y congruencia, puesto que se ha logrado determinar el incumplimiento grave de sus obligaciones laborales y contractuales, especialmente las siguientes

1) Obligaciones Especiales del Trabajador Artículo 58 numeral 4 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual reza:

"...4.) Guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros..."

2.-) Deberes de los trabajadores Artículo 39 literales b, d, f, h, r y s del Reglamento Interno de Trabajo, los cuales indican:

"...b) Respeto a sus compañeros de trabajo..."

"...d) Guardar buena conducta en todo sentido y obrar con espíritu de leal colaboración en el orden moral y disciplina general del EMPLEADOR..."

"...f) Hacer las observaciones, reclamos y solicitudes a que haya lugar por conducto del respectivo superior y de manera fundada, comedida y respetuosa..."

*... h) Recibir y aceptar las ordenes, instrucciones y correcciones relacionadas con el trabajo, el orden y la buena conducta en general, con su verdadera intención que es en todo caso la de encaminar y perfeccionar los esfuerzos en provecho propio y del EMPLEADOR en general...

"...r) Cumplir con las circulares internas que expida el EMPLEADOR, así como con el Código de Conducta de la Compañía, y todos los documentos y manuales que se publiquen en atención al desarrollo de sus funciones..."

"...s) Cumplir con el Reglamento de Trabajo y los manuales de Procedimientos de la empresa.

3.-) Obligaciones Especiales del Trabajador consagradas en el Artículo 44 del Reglamento Interno de Trabajo numerales 16 y 17, los cuales indican:

"...16. Observar rigurosamente la normatividad consignada en las políticas y otras normas internas de la Empresa..."

"...17. Cumplir con las circulares internas que expida el EMPLEADOR, así como con el Código de Conducta de la Compañía, y todos los documentos y manuales que se publiquen en atención al desarrollo de sus funciones..."

4.-) Prohibiciones Especiales para el Empleador y los Trabajadores consagradas en el Artículo 45 del Reglamento Interno de Trabajo numeral 11, el cual indica:

"...11. Ejecutar o autorizar cualquier acto que vulnere o restrinja los derechos de los trabajadores o que ofenda su dignidad..."

5.-) Prohibiciones a los trabajadores consagradas en el artículo 46 del Reglamento Interno de Trabajo numeral 28, el cual indica:

"...28. El incumplimiento por parte de los trabajadores de la Empresa, sin distinción de su nivel, de las obligaciones que emanen de sus contratos de trabajo, del Reglamento Interno de Trabajo y del Reglamento de Higiene y Seguridad Industrial..."

6.-) Constituyen faltas graves consagradas en el artículo 49 del Reglamento Interno de Trabajo, los literales b el cual indica:

"...d). La violación por parte del trabajador de las prescripciones contractuales o reglamentarias..."

7.-) Contrato de trabajo y otros íes suscritos

8.-) El Código de Conducta de la Compañía.

Por todo esto, la Compañía ha decidido terminar su contrato de trabajo de manera unilateral y con justa causa de conformidad con lo establecido en el numeral 6 del artículo 7 del Decreto Ley 2351 de 1965, norma que subrogó al artículo 62 del Código Sustantivo el Trabajo. En caso de no estar de acuerdo con la decisión, se le recuerda que cuenta con el término de un (1) día a partir de la notificación de la presente para solicitar la reconsideración de la misma."

De lo anterior, se colige en primer lugar que la parte actora cumple a cabalidad con la obligación de acreditar el hecho del despido.

En segundo lugar, resulta palmario que, para Porvenir S.A., el presunto actuar de la accionante que motivó el despido, consiste en el irrespeto a su compañera de trabajo por un tocamiento sin el consentimiento de esta, específicamente *"pellizcarle la nalga"*, lo que en criterio de la enjuiciada contraría el respeto y la moral en cualquier ámbito. Lo indicado por el empleador conlleva a estudiar los hechos alegados al momento de terminar el contrato de trabajo para establecer si los mismos justifican el despido.

Para tal efecto, debe tenerse en cuenta que uno de los reparos del apelante consiste en señalar que, con las pruebas practicadas no se logró acreditar la causa del despido, afirmando que fuera de la quejosa Leidy Katherine Jacobo Perea, ningún otro de los testigos dio fe de los hechos que sustentaron la justa causa, esto es, el tocamiento no consentido presuntamente realizado por el actor.

Al respecto, es procedente traer a colación lo establecido en la jurisprudencia SL 2857 de 2023, del Magistrado Ponente Gerardo Botero Zuluaga, quien manifestó lo siguiente en cuanto a la calificación previa de la justa causa de una conducta por parte del juez:

"(...) Por lo descrito, queda claro que la diferencia entre las anteriores circunstancias es que, en el primer evento, la gravedad de la conducta es calificada por el juzgador, mientras que, en el restante, la calificación ha de estar demarcada por el empleador o las partes, según sea el caso en los reglamentos internos, pacto o

convención colectiva, contrato de trabajo o acuerdo entre las partes, de suerte que al juez le está vedado analizar la declaratoria de la gravedad o no de esta falta.

No obstante, en situaciones en las que el empleador consigna normas que no develan con claridad las conductas en que pudiera incurrir el trabajador – genéricas, oscuras o abstractas –, o que en otras palabras, no dejan claro cuál es el incumplimiento de la obligación contractual que genera la consecuencia analizada, de cara a la actividad productiva, a la organización del trabajo y/o al funcionamiento regular del mismo, el operador judicial deberá apreciar la gravedad de la conducta conforme a las obligaciones y prohibiciones especiales de que tratan los artículos 58 y 60 del Código Sustantivo del Trabajo (...)”

Teniendo en cuenta esto, es de precisar que, el numeral 4 del artículo 58 del CST establece como obligaciones especiales del trabajador *“Guardar rigurosamente la moral en las relaciones con sus superiores y compañeros”*.

De otra parte, en el contrato de trabajo suscrito por el demandante, visible a folios 53 y 54 del archivo 05 del expediente digital, se consagra como obligaciones especiales el trabajador en su cláusula segunda la de *“SEGUNDA. Obligaciones Especiales: La labor contratada la prestará EL TRABAJADOR, aportando a favor del EMPLEADOR toda su capacidad normal de trabajo; **acatando y cumpliendo las obligaciones y directrices contenidas en el reglamento interno de trabajo, manuales o cartillas informativas y demás documentos que elabore EL EMPLEADOR con destino a sus empleados,** aceptando las órdenes o instrucciones que se le impartan; aceptando los cambios de horarios a que haya lugar y los traslados fuera del lugar inicial de contratación según las necesidades del EMPLEADOR; ja no prestar directa ni indirectamente servicios laborales a otros empleadores ni trabajar por cuenta propia en el mismo oficio o cargo contratado; a desempeñar las funciones anexas y complementarias que se originen en el mismo cargo u oficio en los lugares o sitios que para el efecto le indique EL EMPLEADOR, **observando siempre una conducta personal y social intachable** y manteniendo una apariencia personal acorde con la exigencia laboral y social del cargo desempeñado. De igual manera mantendrá absoluta lealtad, confidencialidad y reserva con la información e intereses del EMPLEADOR.”*

También cabe mencionar el código de ética de la entidad y conducta de Porvenir S.A. visible a folios 155 a 241 del archivo 05 expediente digital, en el numeral 3 del capítulo octavo indica *“Tener respeto con sus compañeros y superiores, así como procurar completa armonía con los mismos en la ejecución de labores.”*

De igual forma, en los artículos 39 y 44 del RIT (folios 89 a 128 archivo 05 expediente digital), se consigna como deber de los trabajadores el respeto a sus compañeros de trabajo y el cumplimiento del RIT, el Código de Conducta de la Compañía y los manuales y procedimientos de la empresa. Y por su parte, el artículo 46 consagra como prohibición a los

trabajadores el “*El incumplimiento por parte de los trabajadores de la Empresa, sin distinción de su nivel, de las obligaciones que emanen de sus contratos de trabajo, del Reglamento Interno de Trabajo y del Reglamento de Higiene y Seguridad Industrial*”

No obstante, dentro del artículo 49 del Reglamento Interno de Trabajo que enlista las faltas graves, no se encuentra calificada de forma expresa esta conducta como una falta grave, de suerte que en el sub lite corresponde a esta jurisdicción no solo verificar el incumplimiento aducido **sino también la gravedad del mismo.**

Ahora bien, también es claro para este cuerpo Colegiado, que en esta especialidad, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que no puede admitirse que los actos inmorales o delictuosos cometidos por los trabajadores deban ser juzgados por los jueces penales para efectos de terminar el contrato de trabajo, como quiera que, si bien ellos son los competentes para decidir sobre la responsabilidad de los delincuentes y las correspondientes penas, no se puede desconocer que las leyes laborales facultan al juez para decidir sobre dichos hechos como generadores de la justa causa de terminación, sin que esas decisiones queden sujetas a lo resuelto por el juez penal (CSJ SL rad. 33613 del 29 de julio de 2008).

Por lo tanto, desde ya precisa este órgano colegiado que se desestimarán los argumentos del apelante que sugieren que los hechos en que se sustentó el despido debían acreditarse ante el juez penal, o que Porvenir S.A. no tenía la competencia para imputar delitos, pues más allá de las palabras o expresiones utilizadas, lo trascendente son los hechos justificativos del despido.

Considerando lo anteriormente expuesto y continuando con el análisis de las pruebas documentales obrantes en el plenario, encontramos la misiva del 2 de septiembre de 2022, suscrita por la trabajadora Leidy Katherine Jacobo Pérez, obrante a folio 59 del archivo 05 del expediente digital, mediante la cual, pone en conocimiento a su empleador sobre su versión los hechos ocurridos el día 26 de agosto de 2022, indicando:

“El día 26 de agosto del 2022, la Dirección de Desarrollo Comercial, algunas personas estuvimos en la celebración del cumpleaños de Gerardo Sánchez, quien es mi jefe. Este día nos encontramos celebrando como yo estaba. Preparando la carne para. Los invitados y Diego Romero se encontraba asando la carne en ese momento, de repente me pellizca la nalga. Y lo que no puedo hacer más, sino retirarme del lugar punto.

En ese momento me puse a llorar y luego de unos minutos de estar afuera con otros compañeros, él sale y me dice: ¿En serio se va a poner brava por eso?, A lo que yo respondí. ¿entonces me debo dejar coger el culo de cualquier hp? A lo que me responde ¡yo soy cualquier hijueputa? a lo que respondo con llanto y solo me retiro y lo dejo prado solo.

El día 31 de agosto recibí un mensaje de su parte en el cual me ofrece disculpas por lo sucedido, pero dejando claro que eso no está mal, solo que no es tolerable para mí.

Porque pensábamos diferente (anexo pantallazo). El mensaje también solicitaba solamente tener contacto para temas laborales.”

Frente a este documento, vale la pena mencionar que del dicho de la testigo Marcela Prieto Moreno, quien ocupa el cargo de *business partner* de la vicepresidencia de transformación corporativa de Porvenir S.A.; la señora Leidy Katherine Jacobo Perea acudió el 2 de septiembre de 2022 a la oficina del señor Diego Moreno a contar la situación, quien luego de escucharla la remitió a la señora Marcela Prieto Moreno para que conversaran. Afirmando también la testigo que vio a la señora Katherine muy afectada e intentó calmarla un poco, que la afectada le manifestó que quería dejar el escrito de lo ocurrido y que se le autorizó trabajar desde casa un par de semanas.

De igual forma, a folio 61 del archivo 05 expediente digital, se encuentra una captura de pantalla de una conversación de WhatsApp, al que la deponente hace alusión en su misiva, en la que se observa el siguiente mensaje:

“Que tal Katherine cómo está? 12:45

El mensaje es para reiterarle mis disculpas (digo reiterarle porque ya se las había pedido) respecto a lo sucedido el día viernes 12:45

Creo que para mí lo que es tolerable para ud (sic) no lo es y eso no está mal simplemente pensamos diferente y actuamos diferente 12:46

También le escribo para decirle que para evitarnos futuros inconvenientes lo mejor es que ud (sic) y yo tengamos una relación estrictamente profesional y nuestro contacto sea únicamente para temas laborales 12:48”

También a folios 55 a 58 del archivo 05 del expediente digital, encontramos la citación a diligencia de descargos fechada el 08 de septiembre de 2022, en la que se convoca al demandante a las 9:30 am del 9 de septiembre de 2022, se le corre traslado de las pruebas y se le indica al demandante la posibilidad de controvertir las mismas o aportar nuevas pruebas.

De otra parte, a folios 62 a 71 del expediente digital, encontramos el acta de la diligencia de descargos realizada el 9 de septiembre de 2022. En la misma, se observa que el promotor de este proceso Diego Fernando Romero Gabelo niega haber tocado o pellizcado a la señora Katherine Jacobo Pérez el día 26 de agosto de 2022, durante la celebración del cumpleaños del señor Gerardo Sánchez, Director de gestión Operativa Comercial de Porvenir S.A. Y, al preguntársele por lo ocurrido, el demandante explica que tal vez fue un movimiento involuntario, exponiendo que *“LO QUE SUCEDIÓ FUE QUE ESTABAMOS AHÍ EN LA PARTE DE LA PARRILLA, EN ESE MOMENTO ESTABAMOS DANNA, KATHERINE Y YO, ESTABAMOS RECOCHANDO SOBRE EL GUACAMOLE QUE HIZO KATHERINE Y EN UN MOVIMIENTO MAL INTERPRETADO POR ELLA ALCANZO A ROZAR PARTE DE SU CADERA, POR ESO DIGO QUE YO NO LE PELLIZQUE UNA NALGA, TAL COMO LO INDICA ELLA EN SU QUEJA.”* (sic)

Y más adelante afirma *“YO ME ACUERDO PERFECTAMENTE LO QUE PASO, ESTABAMOS EN UN ESPACIO MUY CERRADO PORQUE ERA PEQUEÑO Y EN EL MOMENTO EN QUE MENCIONE QUE ESTABAMOS EN LA RECOCHA YO BAJE LAS MANOS PERO EN NINGUN MOMENTO REALICE EL PELLIZCO Y NO LE TOCO LA NALGA PERO SI LA CADERA.”* (sic).

Luego expone que sus palabras posteriores al altercado fueron descontextualizadas, explicando lo siguiente:

“PREGUNTADO: INFORME SI LO SABE SI LA SEÑORA KATHERINE JACOBO EL DÍA 26 DE AGOSTO DE 2022 LE INFORMO O COMENTO ESTA SITUACIÓN A OTRA PERSONA QUE SE ENCONTRARA EN LA CELEBRACIÓN? DE SER ASÍ, A QUIEN?”

CONTESTO. SI A DANNA, A VARIOS DE LOS ASISTENTES PERO NO SE A CUANTOS, A VLADIMIR Y NO SABRIA A QUIEN MAS Y SON ELLOS QUIENES ME DICEN QUE VAYA Y HABLE CON ELLA.

PREGUNTADO: INFORME SI USTED LE DIJO EL DÍA 26 DE AGOSTO DE 20 22 A LA SEÑORA KATHERINE JACOBO Y CITO "EN SERIO SE VA A PONER BRAVA POR ESO?" TAL COMO LO INDICÓ ELLA EN QUEJA PRESENTADA A LA GERENCIA DE TALENTO Y SERVICIOS ADMINISTRATIVOS DE PORVENIR EL DÍA 2 DE SEPTIEMBRE DE 2022?

CONTESTO: NO ESE NO ES EL CONTEXTO, CUANDO ELLA ME DICE ME PELLIZCASTE LA NALGA, YO LO DIJE ASÍ NO FUE, FUE UN ACCIDENTE, EN SERIO TE VAS A PONER BRAVA POR ESO? YA RESPECTO AHÍ YA.

PREGUNTADO: INFORME SI LA SEÑORA KATHERINE JACOBO EL DÍA 26 DE AGOSTO DE 2022 FRENTE A LA SITUACIÓN RELACIONADA EN LA PREGUNTA ANTERIOR LE DIJO A USTED Y CITO "ENTONCES ME DEBO DEJAR COGER EL CULO DE CUALQUIER HP?"

CONTESTO: SI, SI LO DIJO. A LO QUE YO CONTESTE QUE NO FUE ASÍ Y AHI FUE CUANDO MENCIONO A MIS HIJOS A MI HIJA EN PARTICULAR.

PREGUNTADO: INFORME SI USTED LE ESCRIBIO MENSAJE DE WATTSAPP A LA SEÑORA KATEHRINE JACOBO, MEDIANTE EL CUAL SOLICITABA NUEVAMENTE DISCULPAS A ELLA?

CONTESTO. SI SEÑOR.

PREGUNTADO: INFORME SI DENTRO DEL MENSAJE ANTERIORMENTE INDICADO, USTED LE MANIFESTO "CREO QUE PARA MI LO QUE ES TOLERABLE PARA USTED NO LO ES Y ESO NO ESTA MAL SIMPLEMENTE PENSAMOS DIFERENTE Y ACTUAMOS DIFERENTE"?

CONTESTO: SI SEÑOR.

PREGUNTADO: INFORME A QUE SE REFIERE O QUE QUISO DECIR CON ESE MENSAJE?

CONTESTO: SIMPLEMENTE NOSOTROS HABIAMOS CREADO UN GRADO DE CONFIANZA, DONDE NOS MOLESTABAMOS Y ELLA ME PELLIZCABA TAMBIEN ACLARO NO LA NALGA, PERO CUANDO SUCEDE LO QUE SUCEDE SIENTO COMO QUE YO PASE ESE GRADO DE CONFIANZA Y PARA MI ES TOLERABLE ES UNA VAINA QUE NO LE VEO NADA MALO PORQUE YO NO ATENTE EN CONTRA DE ELLA EN NIGÚN MOMENTO.” (se transcribe del documento sin modificaciones o correcciones ortográficas)

De este modo, para desatar la controversia sobre la ocurrencia del hecho es necesario remitirse a las demás pruebas obrantes en el plenario, precisándose que de conformidad con el artículo 61 del CPTSS en concordancia con el artículo 176 del CGP, los operadores judiciales deben formar libremente su convencimiento inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes y apreciando las pruebas en su conjunto.

Para tal propósito, es menester indicar que la jurisprudencia constitucional ha consolidado el uso de acciones afirmativas como herramientas necesarias para materializar el principio de igualdad, permitiendo tratos diferenciados en favor de grupos históricamente discriminados, siempre que estén justificados. Estas medidas, lejos de constituir privilegios, buscan corregir las desigualdades estructurales que impiden un acceso equitativo a derechos fundamentales.

Lo cual, en el ámbito judicial, esto se traduce en la obligación de juzgar con perspectiva de género, identificando posibles situaciones de discriminación o desequilibrio, flexibilizando estándares probatorios y ordenando pruebas de oficio si es necesario.

Sobre este tópico la corte constitucional en sentencia SU 167 de 2024 precisó:

9. En su jurisprudencia la Corte ha advertido la relevancia de asumir el enfoque de género a sus decisiones [60]. Se trata de una herramienta hermenéutica y analítica que busca integrar los principios de igualdad y no discriminación en la interpretación y aplicación de las normas, para garantizar el mayor grado de protección de los derechos de las mujeres y ofrecer soluciones equitativas ante situaciones de desequilibrio estructural.

60. Dicho enfoque impone esfuerzos para “(i) comprender adecuadamente el fenómeno de la violencia contra la mujer; (ii) analizar el contexto generalizado de violencia contra la mujer; (iii) identificar las relaciones de poder desiguales entre géneros; (iv) identificar factores adicionales de discriminación en la vida de las mujeres interseccionalidad, (v) utilizar un lenguaje no sexista; y (vii) conocer y aplicar, junto con la Constitución, la ley y la jurisprudencia, los estándares

internaciones relacionados con la protección de los derechos de la mujer que integran el bloque de constitucionalidad”

61. Según este tribunal, el empleo de la perspectiva de género (i) no implica una actuación parcializada del juez en su favor; reclama, al contrario, su independencia e imparcialidad. También, ha dicho, (ii) exige que la autoridad judicial no perpetúe estereotipos de género discriminatorios. De este modo y debido a su importancia (iii) la actuación del juez al analizar supuestos de violencia contra la mujer, debe emprender un abordaje multinivel a fin de tomar en consideración fuentes normativas de diferente orden[63].

También sobre este tópico, guardando las proporciones y sin perder de vista que en el sub lite estamos frente a un proceso ordinario en el que se pretende la indemnización por despido sin justa causa; conviene indicar también que la Corte Constitucional en sentencia T-400 de 2022 ha indicado que cuando se esté en presencia de hechos que pueden configurar acoso sexual la conducta inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba y atendiendo a las circunstancias relevantes del pleito y a la conducta procesal observada por las partes. Indicando que estos temas deben abordarse con un enfoque diferencial.

En la referida jurisprudencia, la Corte Constitucional ha sido enfática en señalar que la naturaleza de conductas como el acoso sexual, en particular, en el ámbito laboral, genera profundas dificultades al momento de probar las circunstancias en las que este se presentó, propiciando frecuentemente ambientes de impunidad y tolerancia ante este tipo de agresiones. Razón por la cual ha establecido algunas pautas que permiten abordar el estudio de estos casos con una perspectiva de género, dentro de las que se destacan las siguientes:

- (i) *Las declaraciones de la víctima constituyen un elemento probatorio esencial.* Esta declaración en la mayoría de los casos es el único elemento probatorio disponible dada la ausencia de testigos directos y la clandestinidad en la que ocurren los hechos. Un proceso revictimiza y maltrata institucionalmente a la mujer cuando atiende a la necesidad de corroborar su declaración con pruebas independientes, descalificando su versión.
- (ii) *Considerar el contexto en el que ocurren los hechos y el análisis sistemático e integral de las pruebas.* Los casos de presunta violencia contra la mujer deben valorarse en contexto y no de manera aislada.
- (iii) *Apartarse de estereotipos sociales que provoquen la invisibilización de la conducta y, de ser el caso, “efectuar un análisis rígido [de] las actuaciones de quien presuntamente comete la conducta”.*
- (iv) *Apreciar el rol perpetuador o transformador de la decisión.* Esta pauta conlleva a trabajar la argumentación de la sentencia (o decisión que corresponda) con hermenéutica de género sin presencia de estereotipos y sexismos en los hechos, en la valoración de las pruebas, en los alegatos y en las conclusiones de los sujetos procesales.
- (v) *Considerar las relaciones de poder que afectan la autonomía y la dignidad de la mujer,* lo que traduce en la obligación de visibilizar riesgos de género en el caso concreto.
- (vi) *Abordar las “reglas de la experiencia” con especial rigor y cautela de modo que no sea una herramienta velada de prejuicio por parte de la autoridad.*

Al respecto, si bien el precedente precisado es aplicado a un proceso distinto, esto no es óbice para traer la interpretación acaso como el que ahora retiene la atención de la sala, en el que

de forma directa se discute la ocurrencia de hechos relacionados con violencia contra la mujer. Pues, no en pocos casos encontramos que el órgano vértice de la jurisdicción ordinaria ha enseñado la obligación de los operadores judiciales de dar aplicación a la perspectiva de género, como por ejemplo en la Sentencia SL1662-2024, en la que la Corte adoctrinó:

(..)surge entonces el interrogante de ¿qué significa juzgar con perspectiva de género?

Representa la obligación para el juez que, una vez recibido el litigio, advierta si en esta se vislumbran escenarios discriminatorios entre las partes o asimetrías que conduzcan a actuar de forma diferente, con el objeto de romper esa desigualdad.

Lo que se espera es que logre identificar y manejar,

[...] las categorías sospechosas al momento de repartir el concepto de carga probatoria, como sería cuando se está frente a mujeres, ancianos, niños, grupos LGBTI, grupos étnicos, afrocolombianos, discapacitados, inmigrantes, o cualquier otro; es tener conciencia de que ante situación diferencial por la especial posición de debilidad manifiesta, el estándar probatorio no debe ser igual, ameritando en muchos casos el ejercicio de la facultad-deber del juez para aplicar la ordenación de prueba de manera oficiosa” (CSJ STC2287-2018) (subraya la Sala).

Por su parte la Corte Constitucional explicó que la violencia contra la mujer no ha sido ajena a la administración de justicia, pues las decisiones judiciales también han sido fuente de discriminación al confirmar patrones de desigualdad. Para contrarrestar lo anterior, estableció unas subreglas sobre cómo deben analizarse los casos que involucren actos o medidas discriminatorias, reiterando los siguientes deberes concretos de la administración de justicia:

i) desplegar toda actividad investigativa en aras de garantizar los derechos en disputa y la dignidad de las mujeres; ii) analizar los hechos, las pruebas y las normas con base en interpretaciones sistemáticas de la realidad, de manera que en ese ejercicio hermenéutico se reconozca que las mujeres han sido un grupo tradicionalmente discriminado y como tal, se justifica un trato diferente; iii) no tomar decisiones con base en estereotipos de género; iv) evitar la revictimización de la mujer a la hora de cumplir con sus funciones; reconocer las diferencias entre hombres y mujeres; v) flexibilizar la carga probatoria en casos de violencia o discriminación, privilegiando los indicios sobre las pruebas directas, cuando estas últimas resulten insuficientes; vi) considerar el rol transformador o perpetuador de las decisiones judiciales; vii) efectuar un análisis rígido sobre las actuaciones de quien presuntamente comete la violencia; viii) evaluar las posibilidades y recursos reales de acceso a trámites judiciales e; ix) analizar las relaciones de poder que afectan la dignidad y autonomía de las mujeres (CC T-012 de 2016).

(...)

De manera que es deber de los jueces incluir el enfoque de género en las decisiones judiciales, con el fin, entre otros, de disminuir todo tipo de violencia contra la mujer (CSJ SL648-2018, CSJ SL11149-2019 y CSJ SL2010-2019).

De tal suerte, que en todos los casos en los que se analice un escenario que pueda implicar un caso de violencia contra la mujer, debe hacerse la valoración probatoria desde la perspectiva diferencial antes referida.

Teniendo en cuenta lo anterior, recordemos que el recurrente afirma que ninguno de los testigos presentes manifestó haber visto el momento en el cual se dio el tocamiento que presuntamente hizo el accionante a la señora Leidy Katherine Jacobo Perea.

No obstante, advierte la Colegiatura que, en efecto la misma afectada testificó dentro del presente proceso, ratificándose sobre la conducta del accionante. Aclaró que se encontraba en un asador que describe como un «*cubículo que tiene tipo ventanas*» o «*cuartico*» junto con 3 compañeros, esto es, nombrados por la testigo, Diego Romero, John Duarte y «Danna», que Diego Romero y John Duarte estaban asando la carne y la testigo junto con su compañera «Danna» se encargaban de picar la misma; y que estando ahí, el señor Diego Romero le pellizca la nalga. E indica que su reacción fue salir de ese espacio (asador) y ponerse a llorar, aclarando que las dos únicas personas presentes no se dieron cuenta porque estaban de espalda, pero poniendo de presente que sus compañeros John Duarte y «Danna», salieron junto con la testigo a indagar que había pasado, agregando que estos dos compañeros presenciaron que estaba llorando y se quedaron con la testigo «un buen rato». Y luego, expuso que cuando se iba a ir del lugar, salió la gerente comercial denominada «Marcela», a quien también le contó lo ocurrido, asegurado que esta persona le indicó a la testigo que no se fuera.

También relató la testigo que “salió a llorar”, ya estando con sus compañeros John Duarte y Danna, también acudió Diego, quien le lanzó la expresión “*en serio te vas a poner brava por eso, no sea tan exagerada*”, a lo que la testigo afirma haber contestado “*o sea que yo me tengo que dejar coger el culo de cualquier hijo de puta*”. Y que luego preguntó al señor Diego Romero sobre si le hubiese gustado que le hicieran lo mismo a sus hijos.

Más tarde, aclaró que, si bien en el evento había más asistentes, únicamente estaban encargados de la parrilla las 4 personas antes indicadas y que el resto de integrantes estaban departiendo y en otras actividades.

De igual forma, la testigo Marcela Reyes Aponte, gerente de la comunidad digital, manifestó que el día de los hechos la quejosa se encontraba muy afectada, que la encontró llorando y diciendo que se iba del lugar porque el señor Diego Romero “*le había tocado la cola*”, que le manifestó que se tranquilizara y le indicó que el que se tenía que ir era él (haciendo alusión al señor Diego Romero). Situación que también fue corroborada por la testigo decretada en favor del demandante, Danna Giselle Cuadros Peña, quien afirmó que vio a Katherine que había tomado su bolso y estaba hablando con un compañero, llorando y diciendo que se tenía que ir de la reunión.

De hecho, Danna Giselle Cuadros Peña, también asegura que habló con Katherine para intentar calmarla y convencerla que no se retirara de la reunión. Y ratificó que el ahora demandante si expresó la frase “*en serio te vas a poner brava*”; y que, en respuesta, Katherine “*le alegó que imagínese que le hicieran algo a su hija*”, expresando que estaba muy brava.

En este orden de ideas, es preciso recordar que este cruce de palabras entre los implicados en el suceso también fue reconocido por el ahora accionante durante los descargos rendidos en la empresa, al indicar *“simplemente en ese momento ella se retira y después la veo que está llorando y voy y hablo con ella, le digo que qué pasó y ella me dice que le pellizque la nalga, yo le digo que no fue así pero que más sin embargo le pido disculpas si mal interpretó algún movimiento mío y ella usaba palabras de alto calibre hacia mí y se me mete con mis hijos y ahí ya yo me retiro de ahí.”*

De este modo, pone de presente la Sala, que si bien, en principio le asiste la razón al recurrente respecto de que ninguno de los testigos afirma haber visto la agresión, resulta palmario que los testimonios rendidos coinciden en la emotividad de la quejosa inmediatamente después de lo ocurrido. Situación que da clara cuenta de que la agresión le afectó su fuero interno, al punto de hacerla llorar delante de sus compañeros y de su superior, declaraciones que dan credibilidad al testimonio rendido por Leidy Katherine Jacobo Perea, directa afectada de la agresión.

En este sentido, precisa esta Corporación que la declaración de los testigos merece credibilidad, porque el dicho de cada uno fue claro, completo y responsivo. Estaban en el lugar de los hechos o cerca al lugar de los hechos y fueron puntuales en los aspectos que pudieron percibir desde su lugar de ubicación. Adicionalmente no se observó ningún interés en ninguno de ellos en beneficiar a alguna de las partes, por el contrario, son claros frente lo que presenciaron de forma directa, así como a aquello que no pudieron presenciar.

De igual modo, se precisa que un tocamiento como el descrito por la testigo puede durar poco menos de un segundo, y que por la ubicación en la que se encontraban y la tarea que estaban realizando, no resulta extraño que pasase inadvertido para el resto de sus compañeros. No obstante, de los testimonios rendidos y la documental obrante en el plenario si se acredita la afectación emocional que sufrió la quejosa inmediatamente después de lo ocurrido y la confrontación efectuada al agresor. De manera que, una vez analizadas en conjunto la totalidad de las pruebas practicadas bajo un enfoque diferencial de género se tendrá por es clara la ocurrencia del hecho informado a Porvenir S.A. por la trabajadora Leidy Katherine Jacobo Perea.

Sobra advertir que los hechos acreditados deben calificarse como graves pues configuran violencia contra la mujer en los términos del artículo 2 de la Ley 1257 de 2008 y de la Convención Interamericana Para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra La Mujer” también denominada Convención De Belem Do Para, afectando la dignidad física y moral de su compañera de trabajo.

De igual forma, esta Sala no puede desconocer que la prevención de la violencia que pueda suscitarse dentro del entorno laboral no puede circunscribirse únicamente a que esta ocurra en el horario hábil o en las instalaciones de la empresa, como lo pretende hacer ver el apelante.

Pues, por mandato constitucional, este órgano colegiado no puede desconocer que las mujeres, en su día a día, están sometidas a distintas formas de violencia y que no solo las autoridades, sino también los empleadores y la sociedad en general deben velar por la supresión de todas las formas en que pueda presentarse en especial aquella que puede derivar del desarrollo de sus funciones como trabajadoras o que se presente con ocasión a su entorno laboral. Admitir lo contrario sería como decir que la protección que merecen como mujeres de no ser agredidas por sus compañeros de trabajo cesa al finalizar la jornada. Por tanto, esta Corporación encuentra acertadas las actuaciones realizadas por Porvenir S.A. frente a la queja presentada por la directa afectada de los sucesos.

En consecuencia, la perspectiva de género y la protección constitucional a la mujer no pueden desconocerse por el hecho de que la agresión hubiese sido realizada en una actividad extracurricular, pues el deber de prevenir la violencia de género puede darse en cualquier escenario. Tampoco puede pasarse por alto que, pese a que se encontraban fuera de las instalaciones de la empresa, los implicados no dejan de ser compañeros de trabajo, y precisamente, por esa cercanía y confianza como compañeros de trabajo fue que se presentó el incidente.

En todo caso, este Cuerpo Colegiado no encuentra yerro alguno en la interpretación realizada por el operador judicial de primera instancia, en cuanto a que, si bien en principio no se trató de un evento organizado directamente por la compañía, sí existió una autorización para su celebración, así como la concesión de permisos a algunos trabajadores para ausentarse y organizar dicho evento, tal como lo señaló la testigo Laura Marcela Reyes Aponte, más aun teniendo en cuenta que se trataba del cumpleaños del señor Gerardo Sánchez Caicedo, Director de Área, según lo confirma esta mismo testigo.

Además, al evento asistieron directivos de Porvenir S.A., como lo indicó el testigo Gerardo Sánchez Caicedo, quien expresó textualmente: *“Claro, estaba Marcela Reyes como gerente de la comunidad digital, estaba John Duarte como uno de los líderes de una de las células de la comunidad, estaba Fernando Torrijos como líder también de la comunidad digital, y Julián Triana también como líder de la comunidad digital, que ellos son mis pares. Y obviamente estaban los muchachos que trabajan con cada uno de los equipos de ellos, yo sabía, mi superior, mis pares y los muchachos que trabajan bajo nuestra supervisión”*.

Esta última situación también fue reconocida por el accionante, quien respondió afirmativamente a la pregunta sobre si, en la celebración realizada el 26 de agosto de 2022, estuvieron presentes en su mayoría, o incluso en su totalidad, los integrantes de la Gerencia de Desarrollo Comercial. De suerte que no se encuentra error alguno en la interpretación dada por el juzgado de primera instancia, pues es claro que la reunión se presentó en el marco de las relaciones entre compañeros de trabajo.

De otra parte, esta Corporación no comparte lo expuesto por el apoderado del demandante en cuanto a que el a quo basó su decisión exclusivamente en indicios, pues es claro que dentro

de su análisis se hizo alusión a los testimonios rendidos, dando credibilidad a los mismos, así como también se abordaron las pruebas documentales obrantes en el dossier. En todo caso, precisa esta Colegiatura que el juez no está vedado para incluir los indicios dentro del análisis que lo lleve a la convicción de lo ocurrido, empero, se aclara que las pruebas indiciarias deben ser analizadas en conjunto con otros elementos probatorios, de acuerdo con los artículos 176 y 242 del CGP, tal y como lo hizo el *a quo*.

Recapitulando, resulta inevitable concluir que, en efecto, en el presente caso la parte demandada logró acreditar la existencia de una justa causa para el despido, configurándose las causales previstas en los numerales 2 y 6 del Código Sustantivo del Trabajo. Dicha justa causa se fundamentó en el incumplimiento de lo establecido en el contrato de trabajo, en el capítulo octavo del Código de Ética y Conducta de la entidad, así como en lo dispuesto en el artículo 58, numeral 4, del mencionado Código Sustantivo, en concordancia con las obligaciones contempladas en el Reglamento Interno de Trabajo de Porvenir S.A.

Por consiguiente, dado a que resulta acreditada la justa causa comprobada para el despido, la Sala se releva de lo relacionado a los comentarios inapropiados efectuados por el demandante en la mesa de trabajo. Esto toda vez que de vieja data el órgano vértice de la jurisdicción ordinaria laboral ha enseñado que *“cuando se invoca para la terminación del contrato de trabajo con justa causa, un motivo o falta derivada de varias irregularidades o anomalías cometidas por el trabajador, basta con demostrar una de ellas”* (Sentencia Rad 36558 del 20 de octubre de 2009, SL2342-2020, SL4774-2020).

En conclusión, en virtud del análisis realizado y considerando la jurisprudencia aplicable, esta Sala concluye que no existe mérito para modificar la decisión del juez de primera instancia.

Así queda resuelto el recurso de apelación interpuesto.

COSTAS

Sin condena en costas o agencias en derecho en esta instancia.

DECISIÓN

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 proferida por el Juzgado Treinta y Siete Laboral del Circuito de Bogotá el 06 de junio de 2024, de conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas o agencias en derecho en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



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

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR : MÓNICA MARÍA MORENO ROMERO contra CARCO S.A. Radicado No. 11001-31-05-029-2023-00162-01.

Bogotá D.C., treinta (30) de abril dos mil veinticinco (2025), se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 con el fin de resolver los recursos de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante, contra la sentencia del 09 de julio de 2024 proferida por el Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados; se procede a proferir la siguiente sentencia:

SENTENCIA

Mónica María Moreno Romero, por intermedio de su apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral contra la Carco S.A., solicitando que se declare la existencia de un contrato realidad entre febrero de 2002 y septiembre de 2022, en razón a que durante dicho período se configuraron los elementos propios de una relación laboral, independientemente de la denominación que las partes hubieran dado al vínculo contractual.

Por lo anterior, solicitó que se condene al demandado al pago de las acreencias laborales dejadas de percibir, y en particular, al reconocimiento y pago de las comisiones correspondientes por su labor como Asesora Comercial de vehículos nuevos y usados, durante toda la vigencia de la relación. Señaló que, pese a haber efectuado múltiples ventas de automotores en beneficio del demandado, no le fueron canceladas las comisiones pactadas.

Indicó que las comisiones deben liquidarse así: un valor de \$10.000 por cada millón del valor del vehículo financiado, y el 1% sobre el valor total del vehículo vendido. Con base en dicha fórmula, solicitó se condene al pago de la suma total de \$156.600.000, discriminada en \$52.800.000 por concepto de comisiones derivadas de operaciones a crédito y \$103.800.000 por comisiones directas sobre el valor de los vehículos comercializados.

Para sustentar sus pretensiones, el apoderado de la demandante alegó que entre su representada, y la empresa CARCO S.A. existió una relación laboral que se prolongó más allá de la terminación formal del contrato celebrado inicialmente. Indicó que dicha relación se originó el 2 de mayo de 2018 mediante la suscripción de un contrato laboral a término fijo inferior a un año, en virtud del cual su poderdante se desempeñó como asesora comercial de vehículos nuevos y usados. Explicó que dicho vínculo contractual fue renovado en varias ocasiones y permaneció vigente hasta el 20 de enero de 2022, fecha en la cual la actora presentó renuncia voluntaria, la cual fue aceptada por la empresa, procediendo al pago de la liquidación correspondiente.

No obstante, el apoderado sostuvo que, a pesar de la finalización formal del contrato laboral, su representada continuó prestando servicios a CARCO S.A. desde el 21 de enero hasta el 26 de septiembre de 2022, bajo la figura de asesora freelance, sin que en la práctica se hubiera desvirtuado el carácter subordinado de la relación. Señaló que, durante dicho periodo, la señora Moreno Romero ejecutó actividades sustancialmente idénticas a las desarrolladas en su calidad de empleada, tales como la comercialización de vehículos nuevos y usados, recibiendo instrucciones y cumpliendo objetivos comerciales trazados por la empresa, lo cual evidencia la persistencia de elementos propios de una relación laboral, tales como la continuidad, la subordinación y la dependencia.

El apoderado de la parte actora precisó que durante el tiempo en el que su representada actuó como presunta trabajadora independiente, llevó a cabo una cantidad significativa de ventas de vehículos, cuyos detalles fueron soportados mediante las cuentas de cobro presentadas a la empresa, así como a través de los registros de clientes y operaciones efectivamente realizadas. Afirmó que, conforme a las tablas de comisiones vigentes entre las partes, la demandante generó derecho al pago de una suma cercana a los \$156.600.000 por concepto de comisiones, suma que nunca le fue reconocida ni cancelada por la empresa, a pesar de múltiples requerimientos.

Finalmente, relató que el 14 de noviembre de 2022 su poderdante radicó solicitud de conciliación ante el Ministerio de Trabajo, con el propósito de obtener el pago de las comisiones adeudadas, diligencia que se llevó a cabo el 13 de marzo de 2023 sin que se lograra acuerdo alguno, pues Carco S.A. no presentó propuesta alguna de arreglo.

Actuación procesal

Una vez presentada la demanda, el Juez Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá la admitió mediante auto del doce (12) de mayo de 2023, ordenando la notificación de las demandadas.

En virtud del anterior auto se verifica que se procedió a notificar a la demandada. Este a su vez dio respuesta a la demanda como se observa en los archivos 06 del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá D.C. en sentencia proferida el 09 de julio de 2024 resolvió lo siguiente:

PRIMERO; PRIMERO: ABSOLVER a la demandada CARCO S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la señora MÓNICA MARIA MORENO ROMERO

SEGUNDO CONDENAR en costas a la demandante incluyendo como agencias en derecho en la suma de medio salario mínimo legal vigente

Tercero. CONSÚLTESE con el Honorable Tribunal Superior de Bogotá-Sala Laboral caso de no ser apelada la decisión al ser desfavorable a la demandante.

En cuanto a la resolución del presente caso, la juez de primera instancia decidió negar todas y cada una de las pretensiones de la demanda, tras concluir que no se logró acreditar la existencia de un vínculo laboral entre la señora Mónica María Moreno Romero y la empresa Carco S.A. más allá del 20 de enero de 2022, fecha en la cual se aceptó su renuncia al cargo que desempeñaba como asesora comercial de vehículos.

Para arribar a dicha decisión, el despacho valoró las pruebas allegadas al proceso, entre ellas, los documentos aportados por las partes, los hechos confesados en la demanda, el interrogatorio de parte rendido por la actora. En particular, se advirtió que en el libelo introductorio la propia demandante reconoció haber suscrito un contrato de trabajo a término fijo con la empresa demandada a partir del 2 de mayo de 2018, el cual se mantuvo vigente hasta el 20 de enero de 2022, cuando presentó carta de renuncia que fue aceptada por el empleador, procediéndose al pago de su liquidación y demás acreencias laborales.

Asimismo, la demandante afirmó que, desde el 21 de enero hasta el 26 de septiembre de 2022, prestó servicios como asesora comercial freelance, situación que desvirtúa por sí misma la continuidad de una relación laboral bajo subordinación. Además, el despacho encontró contradicciones en los hechos narrados, al enlistar ventas correspondientes al año 2021 como si hubiesen sido realizadas bajo la modalidad de asesoría independiente, cuando para esa época aún se encontraba vigente el contrato laboral.

De igual forma tuvo en cuenta que, según el artículo 24 del Código Sustantivo del Trabajo, la existencia del contrato laboral se presume cuando se demuestra la prestación personal del servicio; no obstante, dicha presunción puede ser desvirtuada, como ocurrió en el presente caso. En efecto, no se allegó prueba documental ni testimonial que permitiera establecer de forma clara y suficiente que, con posterioridad a la renuncia, la demandante continuó ejecutando funciones bajo subordinación o dependencia jurídica. Tampoco se acreditó que hubiese desarrollado las actividades inherentes a su antiguo cargo bajo los mismos lineamientos institucionales o bajo órdenes impartidas por la empresa.

En relación con el pago de las comisiones reclamadas, el despacho resaltó que la misma demandante confesó que tales pagos se causaban con la entrega efectiva de los vehículos, pero no se allegó prueba que demostrara cuáles automotores fueron entregados por ella después del 20 de enero de 2022. Aun cuando el juez podría haber ordenado el pago de comisiones en

aplicación de sus facultades ultra y extra petita, no se demostró la materialización de los hechos generadores de tales pagos, lo cual impide cualquier condena al respecto.

Por todo lo anterior, al no acreditarse la existencia de un contrato de trabajo más allá de la fecha antes mencionada ni el derecho a las comisiones reclamadas, el despacho absolvió a la parte demandada de todas las pretensiones formuladas en su contra y condenó en costas a la parte actora.

Recurso de Apelación

El apoderado judicial de la parte demandante interpuso recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia, solicitando su revocatoria integral. En su intervención, manifestó su inconformidad con la decisión adoptada, al considerar que el despacho no valoró adecuadamente los elementos probatorios relacionados con la existencia de subordinación, en particular lo referido al cumplimiento de un horario y al pago de una remuneración, aspectos que, a su juicio, evidencian la configuración de una verdadera relación laboral entre las partes.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Con auto del 21 de agosto de 2024 se admitió el recurso de apelación y se corrió traslado para que presentaran los alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001, esta Sala de decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por el recurrente al interponer y sustentar el recurso ante la Juez de primera instancia, ya que el fallo que se profiera debe estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos a estos.

Así las cosas, los problemas jurídicos por resolver consisten en: i) Determinar si, en el presente caso, la juez de primera instancia incurrió en error al declarar que no se acreditó la existencia de un contrato realidad, en los términos.

Plasmada de esta forma la controversia, esta Sala estudiará la existencia de un contrato de trabajo bajo los apremios del artículo 53 de la Constitución Política, señalando que de conformidad con el principio de la realidad sobre las formalidades, si la relación entre el demandante y el demandado, fue de carácter laboral por cumplir con las características propias de éstos contratos.

Para tal efecto, recordemos que el artículo 167 del CGP, aplicable en materia laboral por remisión expresa del artículo 145 del CPT y de la SS, impone una carga para las partes dentro del proceso, indicando que incumbe a las mismas probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. En otras palabras, las partes deben probar los hechos que alegan para que el juez profiera sentencia a su favor. De la misma forma, es necesario considerar

lo señalado en el artículo 24 del CST en el cual se estableció una presunción, según la cual toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo. De acuerdo con esta pauta, corresponde a quien alega la condición de trabajador demostrar únicamente la prestación personal del servicio y una vez demostrada, inmediatamente se invierte la carga de la prueba, pues le corresponde al demandado desvirtuar esa presunción legal que surge en cabeza del accionante. Es decir, en este punto, el accionado deberá demostrar que esa prestación personal del servicio se realizó de forma autónoma e independiente, o en virtud de un contrato de naturaleza distinta a uno laboral, sin que sea suficiente la simple alegación en tal sentido, sino acreditándolo con prueba firme y sólida.

Desde esa perspectiva, la Jurisprudencia del precedente vertical, dentro de la sentencia SL 4143 del 25 de septiembre de 2019 dentro del radicado N°79216 con ponencia de la Magistrada Clara Cecilia Dueñas Quevedo, señaló que: “(...) cuando se someta a juicio el principio de la realidad sobre las formas con el fin de establecer la existencia del contrato de trabajo, le corresponde al juez, en cada caso, sin desconocer los principios tuitivos del derecho laboral, analizar las particularidades fácticas propias del litigio a fin de establecer o desechar, según el caso, los elementos configurativos de la subordinación (...)”.

De igual forma, es pertinente tener en cuenta los parámetros señalados en el artículo 61 del CPTSS, que dispone que el juez no está sujeto a tarifa legal, y por tanto formará libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos que informan la crítica de la prueba; de manera que al analizar los medios demostrativos propiamente dichos el juez no debe perder de vista las circunstancias relevantes del pleito ni la conducta procesal observada por las partes.

Con base en el análisis del material probatorio obrante en el proceso, esta Corporación encuentra que, al revisar el interrogatorio de parte absuelto por la misma actora, se evidencia una serie de contradicciones en su declaración.

Inicialmente, cuando se le preguntó si entregó alguno de los 66 vehículos enlistados en su demanda, la demandante respondió de manera vaga e imprecisa, señalando: “*Exactamente no lo tengo claro, pero en promedio entregué 20 vehículos que me pagaron*”. Posteriormente, al ser repreguntada, se contradijo al manifestar: “*Ah, no, no, entregué*”, y luego indicó nuevamente: “*Sí, entregué algunos*”. Sin embargo, al solicitarle que identificara cuáles, respondió: “*No, no los tengo aquí presentes*”. Estas respuestas reflejan una evidente falta de certeza sobre un hecho central del proceso.

De igual manera, al reiterarse la pregunta sobre si recaudó el pago de alguno de los vehículos relacionados, la actora expresó: “*En la mayoría, en algunos sí, en la relación que yo tengo de los 66, en algunos sí, en otros no*”, sin precisar cuáles fueron ni en qué condiciones se produjo el recaudo.

Otro aspecto relevante es que, a pesar de haber afirmado inicialmente que entregó varios vehículos, más adelante reconoció: “*Me toca entrar a revisar con las cuentas de cobro que tengo exactamente qué entregué yo, pero supongo que fueron muy pocos, sí*”. Y en respuesta a una

pregunta directa del despacho, señaló: *“Pues es que no lo tengo aquí claro, pero yo creería que en promedio, no sé, cuatro o cinco carros, pero muy poquitos”*.

Igualmente, al ser interrogada sobre la condición que generaba el pago de las comisiones, afirmó de forma expresa: *“La entrega del vehículo”*. No obstante, resulta contradictorio que, aun admitiendo que únicamente entregó entre cuatro y cinco vehículos, y sin demostrar tal circunstancia, solicitara el pago de comisiones por más de 60.

Estas afirmaciones, además de imprecisas, son contradictorias y evidencian que la actora no fue clara al indicar cuáles vehículos concretamente vendió o entregó, ni justificó de forma suficiente la procedencia de las comisiones reclamadas. Máxime cuando indicó que: *“los 66 no estoy segura, pero en su gran mayoría”*, y que, respecto al resto, su única fuente de conocimiento fueron *“clientes que me contaron”*.

Por lo anterior, tales manifestaciones carecen de la precisión necesaria para acreditar, de manera certera, la entrega de los vehículos o la generación del derecho al pago de las comisiones pretendidas, lo que disminuye sustancialmente la fuerza probatoria de su declaración frente a los hechos afirmados en la demanda.

Ahora bien, esta Corporación no otorgará valor probatorio a la declaración de parte rendida por la misma demandante, dado que no resulta admisible que sea la actora quien intente fabricar su propia prueba. Vale la pena advertir que en el proceso laboral, es deber de la parte demandante estructurar su teoría del caso desde la presentación de la demanda, formulando de manera clara los hechos que pretende hacer valer, a fin de que sean objeto de debate probatorio.

En ese sentido, no es procedente, intentar suplir la falta de prueba idónea mediante manifestaciones realizadas en una declaración de parte, especialmente cuando esta fue promovida por su propio apoderado con el único propósito de obtener los elementos necesarios para acreditar la existencia de un contrato realidad. Tal proceder desconoce las reglas sobre la carga de la prueba y atenta contra el principio de lealtad procesal.

Asimismo, respecto de los documentos aportados con la demanda, se observa que varias cuentas de cobro no cuentan con sello, firma o constancia alguna de recibido por parte de la empresa demandada, lo que impide determinar con certeza si dichas facturas fueron efectivamente radicadas ante la compañía. Por ende, no es posible establecer si las ventas allí relacionadas se concretaron o si los servicios presuntamente prestados fueron realmente ejecutados.

Dado lo anterior, no puede estimarse que la simple presentación de cuentas de cobro, sin evidencia de recepción por parte de la demandada, constituya una prueba suficiente para acreditar la efectiva prestación de servicios en su favor. Tal circunstancia debilita de forma significativa la carga probatoria que le correspondía a la parte actora, en tanto no logra demostrar, con el rigor exigido, la existencia de la relación jurídica invocada ni la ejecución de las obligaciones alegadas.

Del mismo modo, al revisar el testimonio rendido por William Mauricio Cadena Palacios, gerente comercial de Carco S.A., se obtuvo información relevante sobre los motivos de la terminación

del vínculo contractual con la señora Mónica María Moreno Romero, así como sobre los ofrecimientos que la empresa le habría realizado tras su renuncia.

Inicialmente, el testigo señaló que conoció a la demandante por ser parte del equipo de asesores comerciales de Carco S.A., y afirmó que su relación contractual se extendió por un periodo aproximado de dos años, hasta enero de 2022. Al respecto, fue enfático en indicar que la señora Moreno Romero presentó renuncia voluntaria, motivada por problemas personales relacionados con su hija adolescente, ya que deseaba dedicarse por completo a su cuidado: *“Mónica me presentó su renuncia, me indicó que tenía inconvenientes con su hija adolescente y quería dedicarle el 100% del tiempo a ella para poder atenderla”*

Respecto a una eventual relación posterior al retiro, el testigo fue claro en señalar que no existió subordinación ni continuidad en las labores, y que tampoco se le asignaron obligaciones laborales o comerciales. Afirmó que Carco no le permitió seguir utilizando herramientas de trabajo ni se le exigió cumplir horario alguno: *“(…) No, no, en ningún momento le impartí órdenes ni le coloqué ningún tipo de objetivo de ventas ni le invité a las reuniones comerciales. No le hice que cumpliera horario. Nada, nada por el estilo (…)”* y agregó: *“(…) Cuando ella ya renunció, entregó todos sus elementos de trabajo, su línea corporativa, su dotación, su ropa, su carnet y no se le proveyó en ningún momento ningún tipo de herramienta para que pudiera seguir haciendo (…)”*.

No obstante, debido a que algunos negocios estaban en curso al momento de la renuncia, se le hizo a la demandante un ofrecimiento para que pudiera finalizar dichos procesos, siempre que completara la gestión comercial, legalización de pagos, contacto con clientes y entrega física del vehículo, lo cual podría dar lugar a un pago: *“El ofrecimiento que se le hizo era que podía entregar algunos de esos vehículos si se hacía la gestión y entrega física de los mismos (…)* Y eso podría generarle un pago en caso de que completara el proceso de entrega”.

Sin embargo, el testigo fue concluyente en señalar que la señora Moreno Romero no realizó dicha gestión ni completó la entrega de los vehículos, motivo por el cual la empresa debió reasignar esas operaciones a otros asesores comerciales: *“(…) Los clientes empezaron a llamarme (…)* diciendo que no lograban comunicación ni respuesta de parte de Mónica después de que ella ya no hablaba con nosotros” señalando además: *“Algunos clientes presentaron sus quejas y algunas eran muy serias. (…)* Algunos de esos vehículos los entregaron otros asesores”

Finalmente, ante el interrogante sobre si la demandante ejecutó alguna actividad posterior al 20 de enero de 2022, el testigo reiteró que no se evidenció ninguna gestión adicional ni se presentó actividad relacionada con los negocios que dejó abiertos: *“No ejecutó ningún tipo de gestión, por lo cual no volvimos a tener casi comunicación con ella respecto a esos negocios”*

Con base en lo anterior, y conforme al testimonio rendido, no se acreditó la existencia de una relación laboral posterior a la fecha de renuncia ni se demostró que la demandante hubiera realizado gestiones efectivas para la entrega de los vehículos o para el pago de servicios prestados a Carco S.A. luego de la terminación del vínculo contractual.

Por todo lo anterior, en atención al acervo probatorio obrante en el expediente, esta Corporación concluye que no se demuestran los elementos necesarios para declarar la existencia de un contrato de trabajo con posterioridad al mes de enero de 2022, fecha en la cual quedó plenamente acreditada la renuncia voluntaria de la actora, sin que dicha circunstancia haya sido objeto de controversia dentro del proceso. Por el contrario, incluso el mismo apoderado judicial de la parte actora reconoció en los hechos de la demanda que su representada actuaba como vendedora independiente (“Vendedora Freelance”), lo cual concuerda con el resto del material probatorio, en el que no se evidencia una subordinación continuada ni la prestación personal del servicio bajo condiciones propias de una relación laboral.

En efecto, del análisis del interrogatorio rendido por la demandante se desprende una notoria falta de precisión respecto a los vehículos que supuestamente entregó, llegando incluso a incurrir en contradicciones frente a un hecho central del proceso, como lo es la gestión de ventas presuntamente realizada tras su desvinculación. A ello se suma que no logró acreditar de manera concreta y fehaciente haber ejecutado actividad alguna con posterioridad a su renuncia que permitiera inferir la existencia de un nuevo vínculo jurídico con la empresa demandada. Adicionalmente, del testimonio rendido por el gerente comercial se concluye que, tras la dimisión de la actora, ésta no realizó gestiones efectivas para concluir los negocios en curso, razón por la cual dichas actividades fueron reasignadas a otros asesores.

Así las cosas, al no haberse demostrado por parte de la demandante los presupuestos fácticos que configuran un contrato de trabajo, y conforme a lo dispuesto en el artículo 167 del CGP y el artículo 24 del CST, así como a lo señalado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y al principio de la carga dinámica de la prueba, esta Corporación considera que no hay lugar a modificar la decisión de primera instancia. En consecuencia, se confirmará lo resuelto por el juzgado a quo, en tanto no se acreditó una nueva vinculación contractual con los elementos propios de una relación laboral, ni se comprobó la existencia de subordinación, continuidad en las funciones o prestación efectiva del servicio después del 20 de enero de 2022. En consecuencia se ha de confirmar la sentencia apelada.

Así quedan resueltos todos los puntos planteados en el recurso de apelación interpuesto.

COSTAS

Sin condena en costas o agencias en derecho en esta instancia.

DECISIÓN

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 proferida por el Juzgado Veintinueve del Circuito de Bogotá el 09 de julio de 2024 dentro del proceso promovido por MÓNICA MARÍA MORENO ROMERO contra CARCO S.A.; de conformidad con lo dispuesto en la parte considerativa de esta providencia.

SEGUNDO: Sin condena en costas o agencias en derecho en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado



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

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUIS FERNANDO ROA MANYOMA contra SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Radicación No. 11001-31-05-042-**2023-00374-01.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticinco (2025); se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022; con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia del 21 de junio de 2024 proferida por el Juzgado Cuarenta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente sentencia:

SENTENCIA

El demandante Luis Fernando Roa Manyoma, por intermedio de su apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas anteriormente referidas, solicitando que se declare la ineficacia de traslado efectuado del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de Porvenir S.A.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a Porvenir S.A. a trasladar a Colpensiones el monto total existente de todo lo ahorrado en la cuenta individual del demandante, junto con sus rendimientos, intereses y demás frutos generados, como también los gastos de administración y demás rubros que hubiese recibido del demandante a título de cotizaciones. Así mismo, que se condene a Colpensiones a recibir cotizaciones efectuadas al fondo privado y reactive la afiliación.

Por último, que se condene al pago de costas, agencias en derecho, lo ultra y extra petita.

En respaldo de sus pretensiones indica que nació el 01 de marzo de 1966 y cotizó para los riesgos de IVM inicialmente en el ISS y en febrero de 2008 se trasladó al RAIS a Porvenir S.A.

Que el 08 de marzo de 2023 solicitó a Porvenir S.A. la nulidad del traslado del RPMPD al RAIS, así como toda la documentación relativa al traslado y las constancias de los cálculos efectuados, las explicaciones brindadas, el documento contentivo del derecho de retracto y la carta que soportara que se le había informado el periodo de gracia contemplado en la Ley 797 del 2003, para poder regresar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida. La AFP no dio respuesta.

Que el 09 de marzo de 2023 solicitó a Colpensiones, tener nulo el traslado de régimen pensional efectuado, la aceptación de la afiliación al RPM y el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por cumplimiento de los requisitos. Colpensiones indicó que no era posible realizar la anulación del traslado.

Que en caso de haber continuado afiliado al RPM, tendría derecho a una mesada pensional considerablemente superior a la que puede optar y recibir en el RAIS, toda vez que la prestación se calcularía con lo aportado durante toda su vida laboral, o los últimos 10 años si este fuere superior, aplicando la tasa de reemplazo correspondiente a la densidad de semanas aportadas al sistema.

Actuación procesal

El Juzgado Cuarenta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 28 de septiembre de 2023, y ordenó la notificación de las demandadas, así como de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Porvenir S.A. y Colpensiones, contestaron la demanda en los términos del archivo 09 y 10 respectivamente del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 21 de junio de 2024 resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de régimen pensional que realizó el demandante LUIS FERNANDO ROA MANYOMA, identificado con la cedula de ciudadanía No. 18.220.863 del régimen de prima media con prestación definida administrado hoy por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Porvenir S.A el 7 de diciembre de 2007, de conformidad con la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros y el bono pensional si hay lugar a ello, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a aceptar el traslado de los dineros que efectúe la AFP Porvenir S.A para que proceda a activar la afiliación del demandante, como si nunca se hubiese trasladado 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 las demandadas, conforme a lo considerado en la parte motiva, así como los demás medios exceptivos dadas las resultas del proceso.

QUINTO: CONDENAR en costas junto con agencias en derecho a PORVENIR S.A, las cuales se tasan en la presente diligencia en la suma de 1 SMLMV que deberá pagar a favor del demandante. Sin costas a cargo de Colpensiones.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente decisión por la demandada COLPENSIONES consúltese con el H. Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, en los términos del artículo 69 del C.P.T y de la S.S.”

Para adoptar esta decisión, el operador de instancia afirma que en el literal b del artículo 13 de la ley 100 de 1993 se consagra la escogencia libre y voluntaria por parte del afiliado. A su turno el artículo 114 ibidem dispone los requisitos para el traslado y puntualiza que la selección del régimen debe efectuarse de manera libre, voluntaria y sin presiones.

El artículo 271 señala las sanciones pecuniarias para quienes coartan la libertad de afiliación y ordena dejar sin efectos la afiliación efectuada para permitir al afiliado realizar una nueva de forma libre y espontánea.

En concordancia con lo anterior, el numeral primero del artículo 97 del decreto 663 de 1993, previó la obligación de las entidades financieras de suministrar a los usuarios la información necesaria con el fin de brindar un criterio claro y objetivo para escoger las mejores opciones del mercado.

La CSJ precisó que las AFP 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.

Desde el mismo acto de creación, las AFP tenían la obligación de brindar el deber de información, la CSJ en variada jurisprudencia 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 exigía contar con suficientes elementos de juicio para asimilar las consecuencias de esa decisión.

En casos de ineficacia de traslado se invierte la carga de la prueba, correspondiéndole a la AFP demostrar que cumplió con el deber de información legal y asesoría al momento de efectuar el traslado, esto en concordancia con el artículo 1604 CC.

La Corte ha indicado que en aquellos casos en que el afiliado realiza diversos traslados entre AFP, esta situación no se puede entender como una ratificación del deseo de permanecer en el RAIS ni una convalidación de la AFP de dar cumplimiento al deber de información.

El desacato al deber de información genera la ineficacia del traslado o afiliación y por ende de los actos posteriores, se deja intacto el incumplimiento al deber de información y esto trae como consecuencia la imposibilidad de sanear el traslado.

En el caso bajo estudio, se observa en el expediente el formulario de afiliación que suscribió el demandante, sin que en este se encuentre la asesoría que recibió y si la información suministrada en ese momento fue clara y suficiente, no se puede obtener nada distinto en lo manifestado por el actor en su interrogatorio.

Finalmente, la Corte ha señalado la inoperancia de la excepción de prescripción, 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 pretensiones y en consecuencia se declara no probada la excepción.

Recurso de Apelación y grado jurisdiccional de consulta.

La apoderada de Colpensiones presentó recurso de alzada en contra de la sentencia de primera instancia, solicitando adicionar el porcentaje destinado al pago de seguros previsionales y gastos de administración en atención a la sentencia de la CSJ con radicado 31989, SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, radicado 56174 y de igual manera a que los valores condenados sean indexados.

En igual sentido, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Admitido el recurso de apelación con auto del 21 de agosto de 2024 por esta Corporación, se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Así mismo se estudiará en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver consiste en: i) Determinar si efectivamente existió una ineficacia en el momento del traslado de la accionante del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al régimen de ahorro individual (RAIS), como consecuencia de la falta de información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, para así escoger la mejor opción para su caso particular; y ii) Si se debe condenar a la demandada Porvenir S.A. a la devolución de gastos de administración y seguros previsionales con destino a Colpensiones.

De la ineficacia del traslado

Para la resolución de este asunto, debe considerarse que las AFP tienen un deber legal de suministrar a sus potenciales afiliados información objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Este deber existía desde la creación del sistema de seguridad social integral, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL 1452-2019, SL 1688-2019, SL 1689-2019, SL 4426-2019, SL 3464-2019, SL 4360- 2019, SL 2611-2020, SL 4806-2020 y SL 373-2021).

En el referido artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se recalcó la importancia del deber de información de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria hoy Superfinanciera, incluyendo naturalmente a las Administradoras de Fondo de Pensiones, al contemplar textualmente que *"Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado"*.

Así mismo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra las obligaciones de los promotores en los siguientes términos: *“Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado”*.

De igual manera, debe considerarse que la suscripción de un formulario por parte del afiliado, que pueda o no, contener afirmaciones en el sentido de indicar que la afiliación se realiza de forma libre y voluntaria, no liberan a las AFP de su obligación de brindar información completa, objetiva y comparada de los distintos regímenes pensionales y las consecuencias asociadas al traslado entre ellos. A lo sumo, estas expresiones acreditan un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (SL 4964 de 2018, SL 4964 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3193 de 2023).

De suerte que, para la Sala, no cabe duda en cuanto a la existencia de un compendio normativo que obligaba a las administradoras de pensiones a informar en el momento del traslado, en forma, clara, completa, objetiva, veraz y transparente acerca de las características de ambos regímenes. Sobre este punto en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en la sentencia SL 1688 de 2019 con radicado No.68838, precisó desde cuándo se encontraba en cabeza de esas administradoras de pensiones, esa obligación probatoria en los siguientes términos:

“Desde este punto de vista, para la Corte es claro que, desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»”.

Descendiendo al caso bajo estudio, será necesario remitirse a las pruebas obrantes en el expediente, pues se trata de una cuestión eminentemente fáctica y jurídica. Encontrando que se aportó al expediente el formulario de afiliación a Horizonte, hoy Porvenir S.A., del 07 de diciembre de 2007, como se indicó anteriormente, en el que se registró la firma de un asesor comercial o ejecutivo de cuenta, sin que se encuentre acreditado que ese asesor brindó la información completa e informada sobre el traslado a la trabajadora, pues ninguna prueba se aportó en tal sentido. Con lo cual no existe prueba en el expediente que demuestre, más allá de toda duda razonable que al menos en esta oportunidad el afiliado hubiera recibido la información adecuada, suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa, que le permitiera decidir libremente el régimen al que quería estar afiliado.

Por otro lado, también se debe tener presente que la doctrina del precedente vertical en la sentencia del 09 de septiembre del año 2008, radicado 31989, ya había definido que la

suscripción libre y voluntaria de ese formulario no era suficiente para dar cumplimiento a ese deber de información. Posición que fuera repetida también en forma pacífica por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la Sentencia del 03 de abril de 2019 en los siguientes términos:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado”.

Incluso en providencias más próximas a la fecha, se ha mantenido inmutable la postura de la Sala, ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia SL 397 del 1 de marzo de 2023 en la que se afirmó:

“En cuanto a la suscripción de uno o varios formularios de afiliación (f.º 59), se encuentra adoctrinado que son insuficientes para demostrar que la decisión de traslado estuvo precedida por una ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Tampoco es admisible sostener que la simple rúbrica impuesta en el formulario, en señal de asentimiento, pueda suplir la información que deben brindar las administradoras (entre otros fallos se cita CSJ SL SL1688-2019)”.

En otro giro, frente al interrogatorio de parte rendido por el demandante en la audiencia celebrada el 20 de mayo de 2024, visible en el archivo 20 del expediente virtual, la Sala avizora que esta no se puede tener como confesión en favor de las demandadas. En dicho medio probatorio únicamente declara no haber recibido información clara y comparada sobre ambos regímenes pensionales, mencionando que se trasladó ya que los asesores de Horizonte le informaron que el fondo privado era mejor que el fondo público, lo que lo llevó a trasladarse de fondo. Es por ello que, del análisis del interrogatorio de parte del demandante, no se acredita ninguno de los elementos para considerar que se llenaron los requisitos del artículo 191 numeral segundo para ser considerado como medio de prueba de confesión.

En igual sentido, resulta esencial y de gran relevancia mencionar el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024. Frente al cual la Sala, decide adoptarlo en adelante. Por lo cual, se ha de recordar que en esta decisión, el máximo tribunal constitucional delineó una serie de reglas para el análisis probatorio relacionado con los casos de ineficacia del traslado de los afiliados que cambiaron de régimen pensional al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad entre los años 1993 y 2009. Sobre este aspecto, se dispuso que tales procesos deben regirse exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, el Código Procesal del Trabajo y de la

Seguridad Social, y el Código General del Proceso, con el objetivo de garantizar el debido proceso. Estas directrices comprenden varias pautas esenciales:

Primero, el juez debe evaluar si el afiliado comprendía las consecuencias de su traslado al (RAIS), conforme a lo dispuesto en los artículos 13 de la Ley 100 de 1993 y 97 del Decreto 663 de 1993. Esto incluye verificar si los asesores de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) informaron adecuadamente sobre los riesgos asociados, las posibilidades de realizar cotizaciones adicionales, las consecuencias de no reunir el capital mínimo requerido para la pensión, la garantía de la pensión mínima y la devolución de saldos.

Asimismo, el juez debe permitir y considerar todas las pruebas necesarias, pertinentes y conducentes, ya sean solicitadas por las partes o requeridas de oficio, conforme al artículo 161 del CGP. Estas pruebas pueden comprender declaraciones, confesiones, testimonios, peritajes, inspecciones judiciales, documentos e indicios.

Además, las pruebas documentales deben ser evaluadas en conjunto con las demás pruebas del expediente. Por ejemplo, los formularios de afiliación, que suelen contener declaraciones sobre la decisión libre y espontánea del traslado, no son suficientes por sí solos para absolver a las demandadas.

En ausencia de pruebas directas, el juez puede recurrir a interrogatorios para esclarecer las circunstancias en que se prestó, o no, la información relevante. Los testimonios de personas que recibieron asesoría conjunta pueden ser fundamentales para determinar la veracidad de los hechos alegados.

Las pruebas indiciarias también deben ser analizadas en conjunto con otros elementos probatorios, de acuerdo con los artículos 176 y 242 del CGP.

Aunque la inversión de la carga de la prueba no debe ser una regla obligatoria, el juez puede, de manera excepcional, invertir la carga de la prueba en casos donde el demandante se encuentre en la imposibilidad de probar los hechos que sustentan sus pretensiones. Esta medida se fundamenta en el artículo 167 del CGP y en la necesidad de proteger al afiliado de una imposición desproporcionada de cargas probatorias que vulneren su derecho al debido proceso y acceso a la justicia.

Con todo lo anterior, la Sala advierte que en el expediente no existe un solo elemento de convicción distinto al formato de vinculación que demuestre que la AFP Horizonte, hoy Porvenir S.A. dio información transparente y completa al afiliado sobre las características de ambos regímenes pensionales y las implicaciones inherentes de pertenecer a uno u otro al momento en que el demandante suscribió el formulario de afiliación. Lo que conduce a esta Sala a confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado que efectuó el demandante el 07 de diciembre de 2007, como lo determinó el *a quo*.

Gastos de administración

Ahora bien, esta Sala debe indicar que la jurisprudencia emitida por parte de la CSJ, al referirse a los efectos de la ineficacia, como la sentencia SL 1535 del 10 de mayo de 2022 señaló que *“es pertinente recordar que se contraen a la devolución de todos los dineros que el fondo hubiera recibido, entre otros, por concepto de las cotizaciones y los bonos pensionales —si fuere el caso—, además de los rendimientos financieros que se hubieren causado, y las cuotas de administración, pues no puede trasladarse una suma inferior a la realmente ahorrada. Lo anterior, bajo la ficción jurídica de que el actor nunca se movió al RAIS o, lo que es igual, que siempre estuvo afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones.”*

Sin embargo, tampoco se puede pasar por alto lo que sobre este tema ha indicado la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024, que es de obligatorio cumplimiento para los operadores judiciales, que en cuanto al principio de sostenibilidad financiera, indicó en los casos en que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, sólo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual. Señaló además que no es factible ordenar el traslado de los valores pagados por concepto de primas de seguros, gastos de administración y porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, ni tampoco que dichos valores fueran reconocidos de forma indexada. La Corte Constitucional, en los acápites de consideraciones de su decisión, expuso lo siguiente:

En primer lugar, en relación con las modalidades de devolución, la Corte aclaró que, materialmente, a pesar de que se declare la ineficacia del traslado, no es posible retrotraer al afiliado al día previo al traslado. Solamente es susceptible de traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y, si se ha pagado, el valor de un bono pensional. Esto se debe a que no toda la cotización es apta para ser trasladada, ya que el aporte se desglosa en primas de seguros, gastos de administración y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Además, no sería posible devolver los aportes voluntarios realizados por el afiliado mientras estuvo en el RAIS, ya que estos implicaron beneficios tributarios para la declaración de renta, la compra de acciones u otro tipo de inversiones, constituyendo situaciones que se consolidaron en el tiempo.

En segundo lugar, respecto a las primas de seguros y el riesgo que estas amparan, la Corte recordó que, mes a mes, se paga el respectivo seguro para cubrir el riesgo de invalidez o muerte. En la Sentencia SU-313 de 2020, se explicó que de la cotización obligatoria del 16%, la Administradora de Fondos Pensionales debe destinar un 11,5% a la cuenta individual del afiliado, un 1,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y un 3% al financiamiento de los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. El seguro previsional que contratan las administradoras del RAIS

debe ser colectivo y pagarse obligatoriamente, garantizando así la cobertura adecuada en caso de invalidez o muerte.

En cuanto a los gastos de administración, aunque no se tiene un pronunciamiento expreso en pensiones, la Corte ha sostenido que es legítimo desde el punto de vista constitucional que los particulares que participan en el sistema de salud sean recompensados por los gastos de administración en los que incurren, siempre y cuando no se afecte el derecho fundamental de los usuarios a un servicio de calidad, oportuno y eficiente. Esta misma lógica se aplica a los gastos de administración en pensiones, los cuales tienen un impacto incluso en la determinación del fondo al que pertenece un afiliado. En la Sentencia T-266 de 2023, la Corte protegió los derechos de una afiliada a la que se le negó el traslado por no estar en el aplicativo de traslados, operando en este caso la figura de la afiliación tácita.

Por otro lado, en la Sentencia C-687 de 2017, la Corte analizó una demanda de inconstitucionalidad que cuestionaba la contribución al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, alegando que dicha financiación no era retribuida al afiliado y constituía un enriquecimiento sin causa. Aunque la Corte se declaró inhibida, destacó que la cotización en el RAIS no sólo nutre la cuenta de ahorro individual, sino también un componente de solidaridad, siendo así reconocidas numerosas pensiones de vejez bajo la Garantía de Pensión Mínima.

Por los anteriores argumentos, se adoptará esta postura por parte de esta Sala, entendiendo que, con la declaración de ineficacia, la AFP deberá devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, los ahorros de la cuenta individual del afiliado, los rendimientos financieros y el bono pensional, dejando atrás cualquier criterio anterior.

En este contexto, y considerando la postura de la Corte Constitucional, se confirmará la sentencia en primera instancia. En los anteriores términos quedan resueltos el grado jurisdiccional de consulta y el recurso de apelación presentado por las demandadas.

COSTAS

Sin costas o agencias en derecho en esta instancia.

DECISIÓN

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 en su totalidad la sentencia en primera instancia proferida por el Juzgado Cuarenta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, con fecha 21 de junio de 2024, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



Magistrado

Salvamento parcial de voto
RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Luis Fernando Roa Manyoma

Demandados: Colpensiones y Porvenir S.A.

Radicado: 110013105042-2023-00374-01

Señores partes en el proceso, distinguidos compañeros de Sala de Decisión, comunidad jurídica en general:

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por esta Corporación, tratando de exponer sencilla y sintéticamente los motivos de mi salvamento parcial de voto, a continuación, resumo los argumentos por los cuales no comparto la razón de decidir acogida en la providencia mayoritariamente aprobada en lo que concierne a la no devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y prima de seguros previsionales debidamente indexadas:

De conformidad con lo decantado por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia SU 107 de 2024, es criterio mayoritario de esta Sala de decisión decretar la improcedencia de la devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y primas de seguros previsionales debidamente indexadas, en el entendido que, al configurarse

la disposición de los aludidos emolumentos situaciones jurídicas consolidadas, se encuentra vedado su devolución por el solo hecho de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

Sin embargo, considera quien ahora escribe que el enunciado raciocinio desconoce los efectos jurídicos de las acciones judiciales de “*ineficacia*” habida cuenta que, en su sentido estricto, la referida institución normativa propugna por retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio declarado ineficaz no hubiera existido; es decir, su declaratoria produce efectos *ex tunc -desde siempre-*, y no *ex nunc -desde ahora-*.

Colofón de lo anterior, por constituir el criterio mayoritario, ese sí, una afrenta al principio constitucional de sostenibilidad financiera, puesto que, al denegar la devolución indexada de los referenciados emolumentos, restringe la fuente de financiación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida para el futuro reconocimiento prestacional en provecho del afiliado, supuesto que conlleva a la materialización del déficit presupuestal aducido por Colpensiones, manifiesto que salvo parcialmente mi voto, toda vez que, con la postura mayoritaria, se estaría apoyando una decisión que considero injusta para con el Sistema General de la Seguridad Social en Pensiones.

Fecha ut supra.



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



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

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR SUZAN ELISABETH SANTA SALDARRIAGA contra ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Radicación No. 11001-31-05-016-**2022-00437-02**.

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticinco (2025); se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022; con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Colpensiones y la apoderada de Colfondos S.A. y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia del 25 de junio de 2024 proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Previa deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente sentencia:

SENTENCIA

La demandante Suzan Elisabeth Santa Saldarriaga, por intermedio de su apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas anteriormente referidas, solicitando que se declare viciado de nulidad absoluta el traslado de régimen pensional al régimen de ahorro individual con solidaridad.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a Colfondos S.A. y Porvenir S.A. a la restitución total de las semanas cotizadas, con destino a Colpensiones.

Por último, condenar a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones indica que desde el 06 de febrero de 1995 se vinculó al RPM y estuvo cotizando a este régimen hasta junio de 1998, año en el que se trasladó al RAIS por medio de Colfondos S.A.

Que la demandante en ningún momento previo o posterior al cambio de régimen pensional fue informada, instruida o consultada sobre los derechos pensionales que estaba renunciando con el cambio.

Que realizó reclamación administrativa ante Colpensiones, quien dio respuesta el 26 de agosto de 2022.

Actuación procesal

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 03 de mayo de 2023, y ordenó la notificación de las demandadas, así como de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Colpensiones, Colfondos S.A. y Porvenir S.A., contestaron la demanda en los términos del archivo 08, 09 y 10 respectivamente del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 25 de junio de 2024 resolvió:

“PRIMERO: Declarar ineficaz el traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad que realizara la demandante, señora Susan Elizabeth Santa Saldarriaga, identificada con cédula de extranjería No. 237.671, que tuvo lugar por ante la AFP Porvenir S.A., motivado la anterior en la omisión en el deber de información. Ineficacia que se extiende a todo traslado horizontal realizado a los fondos privados demandados a partir de la fecha en que ocurrió el traslado del régimen pensional mencionado.

SEGUNDO: Condenar a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro pensional de la demandante, junto con sus réditos correspondientes y acompañado de bono pensional si los hubiere, con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones, para el régimen de prima media con prestación definida.

TERCERO: Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-, a recibir los valores condenados en el numeral que antecede, y a reactivar la afiliación de la demandante en el régimen solidario de prima media con prestación definida, actualizando así su historia laboral de cotizaciones, teniendo esto como efecto declarar que es la única afiliación que se considera valida en

materia pensional realizada por la demandante al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado.

QUINTO: Condenar en costas de la instancia a la parte demandada a las costas de la instancia. Practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo el monto de un cuarto de Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (1/4 SMLMV), por concepto de agencias en derecho a cargo de cada una de las demandadas. SE NOTIFICA EN ESTRADOS”

Para adoptar esta decisión, el operador de instancia afirma que se debe tener en cuenta el régimen de seguridad social general, ley 100 de 1993 que estableció en su artículo 12 que los regímenes pensionales, el de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad.

En esa misma norma del artículo 13 que se hace referencia establece que las personas pueden trasladarse de un régimen al otro, pero deben respetar un término mínimo de permanencia que inicialmente era de 3 años y posteriormente se incrementó a 5 años. Estableció también el legislador que las personas tienen la prohibición de trasladarse de régimen cuando se encuentren a 10 años o menos de tener la edad para adquirir el derecho pensional.

Sobre este tema, la Corte se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia desde 2008 hasta la actualidad en los debates por la denominada nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, como se ve en sentencias 31989 y 31314 de 2018, 33083 de 2011, 46292 de 2014 y 17595 de 2017, entre otras.

Se ha plasmado por la corte reglas claras y precisas que perviven hasta la actualidad, que consisten en que siempre ha existido el deber de información en cabeza de las administradoras de pensiones desde su creación para entregar información clara, precisa, suficiente, detallada, comprensible para que tenga plena claridad de las implicaciones del traslado de régimen pensional, las características de uno y otro régimen, las ventajas y desventajas que conllevan los mismos para que pueda entenderse que existió un consentimiento suficientemente informado.

La carga de la prueba está en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones, quienes deben acreditar y demostrar que cumplieron a cabalidad con ese deber, ya que en caso contrario ha de predicarse la ineficacia del traslado de régimen y como consecuencia trasladar todos los recursos de las cuentas de ahorro pensional de los afiliados con destino a Colpensiones. No es necesario que las personas estuviesen en régimen de transición para que tengan derecho al deber de información, sin embargo, el formulario de afiliación y la firma

de este no resulta suficiente para demostrar que se cumplió a cabalidad con el deber de información.

Con base en esas premisas, el juzgado descende al terreno de los hechos y de las pruebas, al ser evaluadas se tiene que la demandante, estuvo afiliada en el RPM y en 1998 se trasladó al RAIS por medio de Porvenir S.A. como lo evidencia el formulario de afiliación firmado por la actora.

En este proceso no se probó el cumplimiento al deber de información por parte de la AFP demandada y como consecuencia se deben predicar los efectos que la CSJ tiene plasmados para la omisión al deber de información que es la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

En la primera etapa del deber de información, era la que regía en el momento del traslado de la demandante, es decir, las AFP debieron ilustrar características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales. En el caso de la demandante no se demostró el cumplimiento de este deber, por lo que ha lugar a declarar la ineficacia de traslado de régimen pensional.

Recurso de Apelación y grado jurisdiccional de consulta.

La apoderada de Colfondos S.A. presentó recurso de alzada en contra del numeral relativo a las costas de la sentencia de primera instancia, ya que los fondos de pensiones están sujetos a las disposiciones legales, este tipo de proceso no puede ser conciliable ya que depende del RPM administrado por Colpensiones, para poder recibir la afiliación de la actora, debe estar de acuerdo el RPM.

Adicionalmente Colfondos S.A. no puede generar la devolución por cuanto la ley tiene la prioridad de que cuando a las partes le falten menos de 10 años para cumplir la edad de pensión no se puede generar su traslado. Entonces los fondos de pensiones llegan al proceso sin posibilidad de presentar acuerdo conciliatorio. En ese sentido la ley es muy clara y este tipo de procesos se han dado por la jurisprudencia y no por la ley.

La apoderada de Colpensiones presentó recurso de alzada en contra de la sentencia en primera instancia, solicitando que adicione el fallo de primera instancia concerniente a ordenarle a los fondos Colfondos S.A. a trasladar aparte de la cuenta de ahorro individual y los rendimientos, los gastos de administración, primas de seguros de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje de garantía de pensión mínima, todos estos rubros debidamente indexados hacia Colpensiones, teniendo en cuenta el criterio reiterativo y la postura de la CSJ frente a este tema de ineficacias.

Así mismo solicita se absuelva de la condena en costas, teniendo en cuenta que Colpensiones no hizo injerencia en el traslado de régimen y las AFP no cumplieron con el deber de información.

En igual sentido, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Admitido el recurso de apelación con auto del 21 de agosto de 2024 por esta Corporación, se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Así mismo se estudiará en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver consiste en: i) Determinar si efectivamente existió una ineficacia en el momento del traslado de la accionante del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al régimen de ahorro individual (RAIS), como consecuencia de la falta de información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, para así escoger la mejor opción para su caso particular; ii) Si se debe condenar a las demandadas a la devolución de gastos de administración, seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados con destino a Colpensiones. y iii) Si se debe condenar en costas a Colfondos S.A. y Colpensiones.

De la ineficacia del traslado

Para la resolución de este asunto, debe considerarse que las AFP tienen un deber legal de suministrar a sus potenciales afiliados información objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Este deber existía desde la creación del sistema de seguridad social integral, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL 1452-2019, SL 1688-2019, SL 1689-2019, SL 4426-2019, SL 3464-2019, SL 4360- 2019, SL 2611-2020, SL 4806-2020 y SL 373-2021).

En el referido artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se recalcó la importancia del deber de información de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria hoy Superfinanciera, incluyendo naturalmente a las Administradoras de Fondo de Pensiones, al contemplar textualmente que *"Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado"*.

Así mismo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra las obligaciones de los promotores en los siguientes términos: *"Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado"*.

De igual manera, debe considerarse que la suscripción de un formulario por parte del afiliado, que pueda o no, contener afirmaciones en el sentido de indicar que la afiliación se realiza de forma libre y voluntaria, no liberan a las AFP de su obligación de brindar información completa, objetiva y comparada de los distintos regímenes pensionales y las consecuencias asociadas al traslado entre ellos. A lo sumo, estas expresiones acreditan un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (SL 4964 de 2018, SL 4964 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3193 de 2023).

De suerte que, para la Sala, no cabe duda en cuanto a la existencia de un compendio normativo que obligaba a las administradoras de pensiones a informar en el momento del traslado, en forma, clara, completa, objetiva, veraz y transparente acerca de las características de ambos regímenes. Sobre este punto en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en la sentencia SL 1688 de 2019 con radicado No.68838, precisó desde cuándo se encontraba en cabeza de esas administradoras de pensiones, esa obligación probatoria en los siguientes términos:

"Desde este punto de vista, para la Corte es claro que, desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»".

Descendiendo al caso bajo estudio, será necesario remitirse a las pruebas obrantes en el expediente, pues se trata de una cuestión eminentemente fáctica y jurídica. Encontrando que se aportó al expediente el formulario de afiliación a Porvenir S.A., de 1996, como se indicó anteriormente, en el que se registró la firma de un asesor comercial o ejecutivo de cuenta, sin

que se encuentre acreditado que ese asesor brindó la información completa e informada sobre el traslado a la trabajadora, pues ninguna prueba se aportó en tal sentido. Con lo cual no existe prueba en el expediente que demuestre, más allá de toda duda razonable que al menos en esta oportunidad la afiliada hubiera recibido la información adecuada, suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa, que le permitiera decidir libremente el régimen al que quería estar afiliada.

Por otro lado, también se debe tener presente que la doctrina del precedente vertical en la sentencia del 09 de septiembre del año 2008, radicado 31989, ya había definido que la suscripción libre y voluntaria de ese formulario no era suficiente para dar cumplimiento a ese deber de información. Posición que fuera repetida también en forma pacífica por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la Sentencia del 03 de abril de 2019 en los siguientes términos:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado”.

Incluso en providencias más próximas a la fecha, se ha mantenido inmutable la postura de la Sala, ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia SL 397 del 1 de marzo de 2023 en la que se afirmó:

“En cuanto a la suscripción de uno o varios formularios de afiliación (f.º59), se encuentra adoctrinado que son insuficientes para demostrar que la decisión de traslado estuvo precedida por una ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Tampoco es admisible sostener que la simple rúbrica impuesta en el formulario, en señal de asentimiento, pueda suplir la información que deben brindar las administradoras (entre otros fallos se cita CSJ SL SL1688-2019)”.

En otro giro, frente al interrogatorio de parte rendido por la demandante en la audiencia celebrada el 25 de junio de 2024, visible en el archivo 23 del expediente virtual, la Sala avizora que esta no se puede tener como confesión en favor de las demandadas. En dicho medio probatorio únicamente declara no haber recibido información clara y comparada sobre ambos regímenes pensionales, mencionando que se trasladó ya que le pasaron un formato y le indicaron que debía firmarlo, sin dar explicación alguna. Es por ello que, del análisis del interrogatorio de parte de la demandante, no se acredita ninguno de los elementos para considerar que se llenaron los requisitos del artículo 191 numeral segundo para ser considerado como medio de prueba de confesión.

En igual sentido, resulta esencial y de gran relevancia mencionar el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024. Frente al cual la Sala, decide adoptarlo en adelante. Por lo cual, se ha de recordar que en esta decisión, el máximo tribunal constitucional delineó una serie de reglas para el análisis probatorio relacionado con los casos de ineficacia del traslado de los afiliados que cambiaron de régimen pensional al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad entre los años 1993 y 2009. Sobre este aspecto, se dispuso que tales procesos deben regirse exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y el Código General del Proceso, con el objetivo de garantizar el debido proceso. Estas directrices comprenden varias pautas esenciales:

Primero, el juez debe evaluar si el afiliado comprendía las consecuencias de su traslado al (RAIS), conforme a lo dispuesto en los artículos 13 de la Ley 100 de 1993 y 97 del Decreto 663 de 1993. Esto incluye verificar si los asesores de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) informaron adecuadamente sobre los riesgos asociados, las posibilidades de realizar cotizaciones adicionales, las consecuencias de no reunir el capital mínimo requerido para la pensión, la garantía de la pensión mínima y la devolución de saldos.

Asimismo, el juez debe permitir y considerar todas las pruebas necesarias, pertinentes y conducentes, ya sean solicitadas por las partes o requeridas de oficio, conforme al artículo 161 del CGP. Estas pruebas pueden comprender declaraciones, confesiones, testimonios, peritajes, inspecciones judiciales, documentos e indicios.

Además, las pruebas documentales deben ser evaluadas en conjunto con las demás pruebas del expediente. Por ejemplo, los formularios de afiliación, que suelen contener declaraciones sobre la decisión libre y espontánea del traslado, no son suficientes por sí solos para absolver a las demandadas.

En ausencia de pruebas directas, el juez puede recurrir a interrogatorios para esclarecer las circunstancias en que se prestó, o no, la información relevante. Los testimonios de personas que recibieron asesoría conjunta pueden ser fundamentales para determinar la veracidad de los hechos alegados.

Las pruebas indiciarias también deben ser analizadas en conjunto con otros elementos probatorios, de acuerdo con los artículos 176 y 242 del CGP.

Aunque la inversión de la carga de la prueba no debe ser una regla obligatoria, el juez puede, de manera excepcional, invertir la carga de la prueba en casos donde el demandante se encuentre en la imposibilidad de probar los hechos que sustentan sus pretensiones. Esta medida se fundamenta en el artículo 167 del CGP y en la necesidad de proteger al afiliado de

una imposición desproporcionada de cargas probatorias que vulneren su derecho al debido proceso y acceso a la justicia.

Con todo lo anterior, la Sala advierte que en el expediente no existe un solo elemento de convicción distinto al formato de vinculación que demuestre que la AFP Porvenir S.A. dio información transparente y completa a la afiliada sobre las características de ambos regímenes pensionales y las implicaciones inherentes de pertenecer a uno u otro al momento en que la demandante suscribió el formulario de afiliación. Lo que conduce a esta Sala a confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado que efectuó la demandante en 1996, como lo determinó el *a quo*.

Gastos de administración

Ahora bien, esta Sala debe indicar que la jurisprudencia emitida por parte de la CSJ, al referirse a los efectos de la ineficacia, como la sentencia SL 1535 del 10 de mayo de 2022 señaló que *“es pertinente recordar que se contraen a la devolución de todos los dineros que el fondo hubiera recibido, entre otros, por concepto de las cotizaciones y los bonos pensionales —si fuere el caso—, además de los rendimientos financieros que se hubieren causado, y las cuotas de administración, pues no puede trasladarse una suma inferior a la realmente ahorrada. Lo anterior, bajo la ficción jurídica de que el actor nunca se movió al RAIS o, lo que es igual, que siempre estuvo afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones.”*

Sin embargo, tampoco se puede pasar por alto lo que sobre este tema ha indicado la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024, que es de obligatorio cumplimiento para los operadores judiciales, que en cuanto al principio de sostenibilidad financiera, indicó en los casos en que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, sólo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual. Señaló además que no es factible ordenar el traslado de los valores pagados por concepto de primas de seguros, gastos de administración y porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, ni tampoco que dichos valores fueran reconocidos de forma indexada. La Corte Constitucional, en los acápites de consideraciones de su decisión, expuso lo siguiente:

En primer lugar, en relación con las modalidades de devolución, la Corte aclaró que, materialmente, a pesar de que se declare la ineficacia del traslado, no es posible retrotraer al afiliado al día previo al traslado. Solamente es susceptible de traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y, si se ha pagado, el valor de un bono pensional. Esto se debe a que no toda la cotización es apta para ser trasladada, ya que el aporte se desglosa en primas de seguros, gastos de administración y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Además, no sería posible devolver los aportes voluntarios realizados por el afiliado mientras estuvo en el RAIS, ya que estos implicaron beneficios tributarios para la

declaración de renta, la compra de acciones u otro tipo de inversiones, constituyendo situaciones que se consolidaron en el tiempo.

En segundo lugar, respecto a las primas de seguros y el riesgo que estas amparan, la Corte recordó que, mes a mes, se paga el respectivo seguro para cubrir el riesgo de invalidez o muerte. En la Sentencia SU-313 de 2020, se explicó que de la cotización obligatoria del 16%, la Administradora de Fondos Pensionales debe destinar un 11,5% a la cuenta individual del afiliado, un 1,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y un 3% al financiamiento de los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. El seguro previsional que contratan las administradoras del RAIS debe ser colectivo y pagarse obligatoriamente, garantizando así la cobertura adecuada en caso de invalidez o muerte.

En cuanto a los gastos de administración, aunque no se tiene un pronunciamiento expreso en pensiones, la Corte ha sostenido que es legítimo desde el punto de vista constitucional que los particulares que participan en el sistema de salud sean recompensados por los gastos de administración en los que incurren, siempre y cuando no se afecte el derecho fundamental de los usuarios a un servicio de calidad, oportuno y eficiente. Esta misma lógica se aplica a los gastos de administración en pensiones, los cuales tienen un impacto incluso en la determinación del fondo al que pertenece un afiliado. En la Sentencia T-266 de 2023, la Corte protegió los derechos de una afiliada a la que se le negó el traslado por no estar en el aplicativo de traslados, operando en este caso la figura de la afiliación tácita.

Por otro lado, en la Sentencia C-687 de 2017, la Corte analizó una demanda de inconstitucionalidad que cuestionaba la contribución al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, alegando que dicha financiación no era retribuida al afiliado y constituía un enriquecimiento sin causa. Aunque la Corte se declaró inhibida, destacó que la cotización en el RAIS no sólo nutre la cuenta de ahorro individual, sino también un componente de solidaridad, siendo así reconocidas numerosas pensiones de vejez bajo la Garantía de Pensión Mínima.

Por los anteriores argumentos, se adoptará esta postura por parte de esta Sala, entendiendo que, con la declaración de ineficacia, la AFP deberá devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, los ahorros de la cuenta individual del afiliado, los rendimientos financieros y el bono pensional, dejando atrás cualquier criterio anterior.

En este contexto, y considerando la postura de la Corte Constitucional, se confirmará la sentencia en primera instancia.

Costas procesales

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, que pide Colfondos S.A. y Colpensiones sea revocada, como quiera que, las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que, tal condena es acertada, pues, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, por serlos gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, siendo entonces, la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, y contra quien se profirió una decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación No. 68091, en la que, en un caso de características similares a las aquí debatidas, sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”

Es claro entonces que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, quien, además se opuso a la prosperidad de las pretensiones e incluso propuso la totalidad de las excepciones como medio de defensa, por lo que, se confirmará igualmente esta decisión.

En los anteriores términos quedan resueltos el grado jurisdiccional de consulta y los recursos de apelación presentado por las demandadas.

COSTAS

Sin costas o agencias en derecho en esta instancia.

DECISIÓN

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 en su totalidad la sentencia en primera instancia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, con fecha 25 de junio de 2024, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado

Salvamento parcial de voto

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Suzan Elisabeth Santa Saldarriaga

Demandados: Colpensiones, Colfondos S.A., y Porvenir S.A.

Radicado: 110013105016-2022-00437-02

Señores partes en el proceso, distinguidos compañeros de Sala de Decisión, comunidad jurídica en general:

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por esta Corporación, tratando de exponer sencilla y sintéticamente los motivos de mi salvamento parcial de voto, a continuación, resumo los argumentos por los cuales no comparto la razón de decidir acogida en la providencia mayoritariamente aprobada en lo que concierne a la no devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y prima de seguros previsionales debidamente indexadas:

De conformidad con lo decantado por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia SU 107 de 2024, es criterio mayoritario de esta Sala de decisión decretar la improcedencia de la devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y primas de seguros previsionales debidamente indexadas, en el entendido que, al configurarse

la disposición de los aludidos emolumentos situaciones jurídicas consolidadas, se encuentra vedado su devolución por el solo hecho de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

Sin embargo, considera quien ahora escribe que el enunciado raciocinio desconoce los efectos jurídicos de las acciones judiciales de “*ineficacia*” habida cuenta que, en su sentido estricto, la referida institución normativa propugna por retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio declarado ineficaz no hubiera existido; es decir, su declaratoria produce efectos *ex tunc -desde siempre-*, y no *ex nunc -desde ahora-*.

Colofón de lo anterior, por constituir el criterio mayoritario, ese sí, una afrenta al principio constitucional de sostenibilidad financiera, puesto que, al denegar la devolución indexada de los referenciados emolumentos, restringe la fuente de financiación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida para el futuro reconocimiento prestacional en provecho del afiliado, supuesto que conlleva a la materialización del déficit presupuestal aducido por Colpensiones, manifiesto que salvo parcialmente mi voto, toda vez que, con la postura mayoritaria, se estaría apoyando una decisión que considero injusta para con el Sistema General de la Seguridad Social en Pensiones.

Fecha ut supra.



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



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

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR LUZ MERY MORENO LÓPEZ contra FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN, ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS Radicación No. 11001-31-05-026-**2021-00310-01.**

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticinco (2025); se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022; con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Colfondos S.A. y el apoderado de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia del 27 de junio de 2024 proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente sentencia:

SENTENCIA

La demandante Luz Mery Moreno López, por intermedio de su apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas anteriormente referidas, solicitando que se declare la ineficacia de traslado del ISS a Protección S.A. desde mayo de 1996.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a Protección S.A. a trasladar todos los aportes realizados por la demandante a Colpensiones, junto con los rendimientos generados. Así mismo, que se ordene a Colpensiones autorizar y coordinar el traslado del RAIS al RPM.

De igual manera, que se condene a Colpensiones a aceptar el traslado, recibir los aportes pensionales y pagar la pensión de vejez desde la fecha en que cumplió los 57 años, junto con intereses moratorios e indexación.

Por último, condenar a las demandadas al pago de costas y agencias en derecho.

En respaldo de sus pretensiones indica que nació el 07 de noviembre de 1954 y ha cotizado 1.548,85 semanas. Que estuvo afiliada al ISS del 01 de mayo de 1986 al 30 de abril de 1996. Que se afilió desde mayo de 1996 a mayo de 1999 a la AFP ING, hoy Protección S.A.

Que posteriormente se trasladó a Colpatria el 21 de abril de 1999, en 2000 se afilió a Colfondos S.A. y nuevamente a ING en 2002.

Que en 2007 solicitó a la AFP ING el traslado al ISS, sin obtener respuesta alguna por parte del fondo privado. Quien dio respuesta en 2009 informándole que se encontraba doblemente afiliada al RAIS y al RPM.

Que en septiembre de 2009 solicitó ante el ISS mediante varios derechos de petición el traslado al RPM, de los cuales no encontró respuesta favorable.

Actuación procesal

El Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 17 de mayo de 2022, y ordenó la notificación de las demandadas, así como de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Protección S.A. Colpensiones, Porvenir S.A. y Colfondos S.A., contestaron la demanda en los términos del archivo 08, 12, 25 y 26 respectivamente del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 27 de junio de 2024 resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR ineficaz el traslado efectuado por la demandante LUZ MERY MORENO LÓPEZ, al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones PROTECCIÓN S.A a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES la totalidad de los

saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para que acepte dicha transferencia y contabilice, para todos los efectos pensionales, las semanas cotizadas por el demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO. CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor de la demandante, de conformidad con lo establecido en la Ley 797 de 2003 con 13 mesadas al año calculándose el ingreso base de liquidación con los 10 ultimo años de cotización el cual para el año 2018 es de \$6.692.084 al cual se le aplica una tasa de reemplazo del 67.22 %, generándose un valor de la mesada pensional para el año 2018 de \$4.498.220, aclarándose que una vez retornen los aportes con destino a Colpensiones se deberá contabilizar hasta la última semana de cotización y teniendo en cuenta la novedad de retiro, razón por la cual Colpensiones deberá establecer el retroactivo a favor de la actora

QUINTO. DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas.

SEXTO. CONDENAR en costas de esta instancia a los fondos de pensiones PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A., y PORVENIR S.A., a razón del 33.33% a cargo de cada una y a favor de la parte demandante, fijándose como agencias en Derecho la suma de UN MILLÓN QUINIENTOS MIL PESOS (\$1'500.000)."

Para adoptar esta decisión, el operador de instancia indicó, que anteriormente, al estudiar este tipo de casos era pertinente remitirse a los artículos 1741, 1743 y 1750 del código civil concluyendo que el acto jurídico del traslado respecto del cual se alega nulidad, adquiere firmeza cuando trascurren 4 años desde su realización, por tratarse de una nulidad relativa o fundamentarse en el vicio del consentimiento.

No obstante lo anterior, la sala de casación laboral mediante sentencia SL12136 de 2014 y en virtud de lo previsto en los artículos 13 literal b y 271 de la ley 100 de 1993, concluyó que en este tipo de casos lo que debe analizarse es si el acto jurídico que realizó el traslado resulta ineficaz. Se debe verificar si la AFP puso en conocimiento del afiliado los riesgos que implicaba el traslado de régimen, a su vez los beneficios que obtendría, es decir, demostrar que la correspondiente entidad garantizó una decisión informada que permite una manifestación de voluntad autónoma y consiente.

Igualmente, la corte reiteró que el deber de información ha existido desde la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, razón por la cual, desde el momento de la afiliación de la actora, se le debió explicar los beneficios de estar en el RAIS y las desventajas que conllevaría dejar de pertenecer al RPM.

Así mismo, ha señalado la Corte que el consentimiento en el formulario de afiliación es insuficiente, las AFP deben acreditar un consentimiento debidamente informado, es decir, que se brindó una asesoría clara y suficiente sobre todas y cada una de las características propias del RAIS.

En el formulario de afiliación no se desprende circunstancias que verifiquen el cumplimiento del deber de información. Es por ello que se debe acudir a los demás elementos de juicio, entre ellos el interrogatorio de parte en el que el demandante indica que cuando firmó formulario de afiliación le dijeron que se podría pensionar antes o si no quería pensionarse le devolverían todos los dineros ahorrados, sin explicarle en qué casos, tampoco se le aclaró el funcionamiento de los rendimientos o el bono pensional.

El despacho cambia su posición y aplica la sentencia SU 107 de 2024, razón por la que no ordena la devolución de gastos de administración y primas de invalidez y sobrevivencia.

En cuanto a la excepción de prescripción el despacho la declara no probada, ya que se trata de un derecho pensional y por tanto no corre con la suerte del fenómeno prescriptivo.

El beneficio pensional de la demandante debe ser estudiado bajo la óptica de la ley 100 de 1993, que establece como requisitos para acceder al beneficio pensional, 1300 semanas cotizadas y 57 años de edad. Colpensiones una vez reciba los aportes, deberá verificar hasta la última semana cotizada por la demandante, efectuar el correspondiente cálculo del IBL y tasa de remplazo y tener en cuenta la última cotización para desde dicha data efectuar el retroactivo pensional a que haya lugar junto con las mesadas adicionales sin imponer condena por intereses moratorios ni indexación.

Recurso de Apelación y grado jurisdiccional de consulta.

El apoderado de Colfondos S.A. presentó recurso de alzada en contra de la sentencia de primera instancia, indicando que esta AFP no originó la litis y no intervino en la asesoría, la demandante se afilió a Colfondos S.A. a través de un traslado horizontal al cual Colfondos S.A. no se podía negar a recibir. La condena en costas la encuentra injustificada toda vez que no se ha acudido ante el despacho por culpa de dicha AFP.

Solicita apartarse de la línea jurisprudencial que ha venido sosteniendo la CSJ ya que esta no guarda el balance de la justicia en cuanto a las cargas procesales debido a que interpreta el artículo 1604 del código civil de manera errada porque hace que la responsabilidad en cabeza de los fondos se convierta en objetiva al no exigirle a la parte demandante aportar soporte alguno que demuestre que los hechos que ha narrado en la demanda sean ciertos y que exista información incompleta, carente de la verdad, poco profesional o tendiente a inducir al futuro afiliado en un error que lo perjudicara; pero si obliga a que la carga probatoria recaiga en el fondo.

El artículo 29 de la Constitución Política habla del debido proceso y dice que se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas y que nadie podrá ser juzgado conforme a las leyes pre existentes al acto que se le imputa, esto porque cuando se dio el traslado de régimen la demandante suscribió un formulario de afiliación y no se exigía soportar información distinta a la que está en el formulario firmado de manera libre, espontánea y sin presiones por parte de la demandante, obedeciendo al artículo 11 del decreto 692 de 1994.

La doble asesoría que deben ser grabadas, surgen en 2014, mucho después del traslado de la demandante. Obligar a los fondos a que presenten soportes probatorios que no eran exigidos en aquel momento viola el derecho al debido proceso y se convierte en exigir la demostración de un acontecimiento que sucedió verbal, lo que se vuelve una situación de carácter imposible.

Solicita revocar la sentencia y se desvincule o absuelva a Colfondos S.A. de cada una de las pretensiones de la demanda, especialmente de la condena en costas.

El apoderado de Colpensiones presentó recurso de alzada en contra de la sentencia en primera instancia, indicando que, respecto a la carga de la prueba, no se comparte que sea posible exigir la exhibición de pruebas inexistentes para la época de los hechos, dado que la normatividad para 1996 y subsiguientes imponía a las AFP el deber de brindar información de manera clara, precisa, detallada y veraz, con la firma del formulario se entendía el consentimiento informado otorgado por el afiliado. Exigir un documento adicional es una carga adicional.

Colpensiones se encuentra imposibilitada para recibir a la demandante en atención al artículo 2 de la ley 797 de 2003, que modificó el literal e del artículo 13 de la ley 100, advirtiendo que la parte actora no se encuentra dentro del límite temporal ahí consagrado.

La demandante no se encuentra amparada por el régimen de transición, ya que para 1994 la demandante contaba con 34 años de edad, por lo que no cumplió tampoco con el requisito de la edad contemplada en el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

Solicita reconocer el traslado realizado por la actora en 1996 a la AFP Porvenir S.A. en ejercicio del derecho de libre escogencia del régimen pensional consagrado en el artículo 13, literal b de la ley 100 y en respeto de la autonomía de la voluntad de la demandante, pues esta persona de manera libre y voluntaria escogió uno tras uno su régimen pensional.

Colpensiones no se encuentra de acuerdo con el reconocimiento de pensión efectuado por el despacho, toda vez que se debe efectuar el estudio de pensión una vez tenga todos los aportes realizados por la demandante, ya que Colpensiones no cuenta con la información y no puede realizar el estudio.

Con todo lo anterior solicita se absuelva a Colpensiones y no imponer costas a cargo de Colpensiones, dada la buena fe con la que ha actuado y que en la misma solo es un tercero invitado a un pleito ya que nada tuvo que ver con el traslado de régimen pensional realizado por la demandante.

En igual sentido, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Admitido el recurso de apelación con auto del 21 de agosto de 2024 por esta Corporación, se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Así mismo se estudiará en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver consiste en: i) Determinar si efectivamente existió una ineficacia en el momento del traslado de la accionante del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al régimen de ahorro individual (RAIS), como consecuencia de la falta de información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, para así escoger la mejor opción para su caso particular; ii) Si resulta procedente el reconocimiento de la pensión de vejez a la demandante en el RPMPD, y; iii) Si se debe condenar en costas a Colfondos S.A.

De la ineficacia del traslado

Para la resolución de este asunto, debe considerarse que las AFP tienen un deber legal de suministrar a sus potenciales afiliados información objetiva, comparada y transparente

sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Este deber existía desde la creación del sistema de seguridad social integral, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL 1452-2019, SL 1688-2019, SL 1689-2019, SL 4426-2019, SL 3464-2019, SL 4360-2019, SL 2611-2020, SL 4806-2020 y SL 373-2021).

En el referido artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se recalcó la importancia del deber de información de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria hoy Superfinanciera, incluyendo naturalmente a las Administradoras de Fondo de Pensiones, al contemplar textualmente que *"Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado"*.

Así mismo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra las obligaciones de los promotores en los siguientes términos: *"Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado"*.

De igual manera, debe considerarse que la suscripción de un formulario por parte del afiliado, que pueda o no, contener afirmaciones en el sentido de indicar que la afiliación se realiza de forma libre y voluntaria, no liberan a las AFP de su obligación de brindar información completa, objetiva y comparada de los distintos regímenes pensionales y las consecuencias asociadas al traslado entre ellos. A lo sumo, estas expresiones acreditan un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (SL 4964 de 2018, SL 4964 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3193 de 2023).

De suerte que, para la Sala, no cabe duda en cuanto a la existencia de un compendio normativo que obligaba a las administradoras de pensiones a informar en el momento del traslado, en forma, clara, completa, objetiva, veraz y transparente acerca de las características de ambos regímenes. Sobre este punto en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en la sentencia SL 1688 de 2019 con radicado No.68838, precisó desde cuándo se encontraba en cabeza de esas administradoras de pensiones, esa obligación probatoria en los siguientes términos:

"Desde este punto de vista, para la Corte es claro que, desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes

pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»”.

Descendiendo al caso bajo estudio, será necesario remitirse a las pruebas obrantes en el expediente, pues se trata de una cuestión eminentemente fáctica y jurídica. Encontrando que se aportó al expediente el formulario de afiliación a Protección S.A., del 02 de mayo de 1996, como se indicó anteriormente, en el que se registró la firma de un asesor comercial o ejecutivo de cuenta, sin que se encuentre acreditado que ese asesor brindó la información completa e informada sobre el traslado a la trabajadora, pues ninguna prueba se aportó en tal sentido. Con lo cual no existe prueba en el expediente que demuestre, más allá de toda duda razonable que al menos en esta oportunidad la afiliada hubiera recibido la información adecuada, suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa, que le permitiera decidir libremente el régimen al que quería estar afiliada.

Por otro lado, también se debe tener presente que la doctrina del precedente vertical en la sentencia del 09 de septiembre del año 2008, radicado 31989, ya había definido que la suscripción libre y voluntaria de ese formulario no era suficiente para dar cumplimiento a ese deber de información. Posición que fuera repetida también en forma pacífica por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la Sentencia del 03 de abril de 2019 en los siguientes términos:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado”.

Incluso en providencias más próximas a la fecha, se ha mantenido inmutable la postura de la Sala, ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia SL 397 del 1 de marzo de 2023 en la que se afirmó:

“En cuanto a la suscripción de uno o varios formularios de afiliación (f.º59), se encuentra adoctrinado que son insuficientes para demostrar que la decisión de traslado estuvo precedida por una ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Tampoco es admisible sostener que la simple rúbrica impresa en el formulario, en señal de asentimiento, pueda suplir la información que deben brindar las administradoras (entre otros fallos se cita CSJ SL1688-2019)”.

En otro giro, frente al interrogatorio de parte rendido por la demandante en la audiencia celebrada el 31 de julio de 2023, visible en el archivo 34 del expediente virtual, la Sala avizora que esta no se puede tener como confesión en favor de las demandadas. En dicho medio probatorio únicamente declara no haber recibido información clara y comparada sobre ambos regímenes pensionales, mencionando que se trasladó ya que los asesores del fondo privado le informaron que el ISS se iba a acabar. Es por ello que, del análisis del interrogatorio de parte de la demandante, no se acredita ninguno de los elementos para considerar que se llenaron los requisitos del artículo 191 numeral segundo para ser considerado como medio de prueba de confesión.

En igual sentido, resulta esencial y de gran relevancia mencionar el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024. Frente al cual la Sala, decide adoptarlo en adelante. Por lo cual, se ha de recordar que en esta decisión, el máximo tribunal constitucional delineó una serie de reglas para el análisis probatorio relacionado con los casos de ineficacia del traslado de los afiliados que cambiaron de régimen pensional al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad entre los años 1993 y 2009. Sobre este aspecto, se dispuso que tales procesos deben regirse exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y el Código General del Proceso, con el objetivo de garantizar el debido proceso. Estas directrices comprenden varias pautas esenciales:

Primero, el juez debe evaluar si el afiliado comprendía las consecuencias de su traslado al (RAIS), conforme a lo dispuesto en los artículos 13 de la Ley 100 de 1993 y 97 del Decreto 663 de 1993. Esto incluye verificar si los asesores de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) informaron adecuadamente sobre los riesgos asociados, las posibilidades de realizar cotizaciones adicionales, las consecuencias de no reunir el capital mínimo requerido para la pensión, la garantía de la pensión mínima y la devolución de saldos.

Asimismo, el juez debe permitir y considerar todas las pruebas necesarias, pertinentes y conducentes, ya sean solicitadas por las partes o requeridas de oficio, conforme al artículo 161 del CGP. Estas pruebas pueden comprender declaraciones, confesiones, testimonios, peritajes, inspecciones judiciales, documentos e indicios.

Además, las pruebas documentales deben ser evaluadas en conjunto con las demás pruebas del expediente. Por ejemplo, los formularios de afiliación, que suelen contener declaraciones sobre la decisión libre y espontánea del traslado, no son suficientes por sí solos para absolver a las demandadas.

En ausencia de pruebas directas, el juez puede recurrir a interrogatorios para esclarecer las circunstancias en que se prestó, o no, la información relevante. Los testimonios de personas que recibieron asesoría conjunta pueden ser fundamentales para determinar la veracidad de los hechos alegados.

Las pruebas indiciarias también deben ser analizadas en conjunto con otros elementos probatorios, de acuerdo con los artículos 176 y 242 del CGP.

Aunque la inversión de la carga de la prueba no debe ser una regla obligatoria, el juez puede, de manera excepcional, invertir la carga de la prueba en casos donde el demandante se encuentre en la imposibilidad de probar los hechos que sustentan sus pretensiones. Esta medida se fundamenta en el artículo 167 del CGP y en la necesidad de proteger al afiliado de una imposición desproporcionada de cargas probatorias que vulneren su derecho al debido proceso y acceso a la justicia.

Con todo lo anterior, la Sala advierte que en el expediente no existe un solo elemento de convicción distinto al formato de vinculación que demuestre que la AFP Protección S.A. dio información transparente y completa a la afiliada sobre las características de ambos regímenes pensionales y las implicaciones inherentes de pertenecer a uno u otro al momento en que la demandante suscribió el formulario de afiliación. Lo que conduce a esta Sala a confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado que efectuó la demandante el 02 de mayo de 1996, como lo determinó el *a quo*.

Reconocimiento de pensión de vejez

Ahora bien, atendiendo al recurso interpuesto por el apoderado de Colpensiones, esta corporación procede a abordar el reconocimiento de la prestación pensional. De este modo, conforme al artículo 33 de la Ley 100 de 1993 modificado por la Ley 797 de 2003, en el caso de las mujeres, para acceder a la pensión de vejez debe contarse con 1300¹ semanas cotizadas y haber alcanzado 57 años de edad.

Siendo ello así, a folio 116 del archivo 01 del expediente digital se observa la cédula de ciudadanía de la señora Luz Mery Moreno López, en la que se constata que nació el 07 de noviembre de 1959, por lo que alcanzó la edad de 57 años el mismo mes y día del año 2016. De igual forma, al revisar la historia laboral de fecha 27 de noviembre de 2020 (folios 123 a 138 archivo 01), se observa que para esa calenda ya contaba con 1549,14 semanas, superando las requeridas por la norma.

¹ Esto desde el año 2015, pues la norma indica que “*A partir del 1° de enero del año 2005 el número de semanas se incrementará en 50 y a partir del 1° de enero de 2006 se incrementará en 25 cada año hasta llegar a 1.300 semanas en el año 2015*”

En este orden de ideas, es preciso recordar que el reconocimiento de la pensión no opera de manera automática. Por el contrario, requiere la presentación formal de una solicitud ante la Administradora de Fondos de Pensiones a la que el afiliado se encuentre vinculado. A partir de la radicación de dicha solicitud, el fondo dispone de un plazo de cuatro meses para emitir su pronunciamiento, conforme a lo establecido en el artículo 7 del Decreto 510 de 2013, actualmente compilado en el artículo 2.2.8.1.1 del Decreto 1833 de 2016, que regula el Sistema General de Pensiones. Dicha norma dispone que la obligación de reconocer la pensión surge únicamente cuando el afiliado presenta la solicitud junto con la documentación requerida para acreditar su derecho, permitiendo así la verificación del cumplimiento de los requisitos legales para acceder a la prestación de vejez, invalidez o sobrevivencia, señalando textualmente:

“ARTÍCULO 2.2.8.1.1. Acreditación de la documentación requerida como requisito para el trámite de la pensión. Para los efectos del parágrafo 1 del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, la obligación de los fondos encargados de reconocer la pensión, dentro del término legal establecido, procederá una vez se presente la solicitud de reconocimiento junto con la documentación requerida para acreditar el derecho, a través de la cual se aprueben los presupuestos de hecho y de derecho de la norma que confiere la respectiva prestación de vejez, de invalidez o de sobrevivientes.

Cuando la pensión se financie a través de bono pensional o cuota parte de bono pensional, no se requiere que estos hayan sido expedidos, pero será necesario que el bono pensional o cuota parte de bono pensional hayan sido emitidos conforme a lo señalado por el artículo 2.2.16.1.1. de este decreto, o la norma que lo modifique o sustituya.”

Bajo esta premisa, si bien se advierte que la parte actora, solicitó la declaratoria de la nulidad de su afiliación y el reconocimiento de la pensión de vejez, para ese momento Colpensiones no contaba con los recursos correspondientes a los aportes pensionales de la demandante, sus rendimientos financieros o el bono pensional. Asimismo, carecía de una historia laboral completa que le permitiera determinar con certeza el número de semanas efectivamente cotizadas. Situación que le imposibilitaba materialmente estudio de la pensión en el Régimen de Prima Media, conforme a lo dispuesto en el artículo 2.2.8.1.1 del Decreto 1833 de 2016.

Incluso en la actualidad, para que Colpensiones pueda evaluar la pretensión pensional, es indispensable que Protección S.A. cumpla integralmente con lo ordenado en la presente providencia. En virtud de lo anterior, considerando que el accionante cuenta con 65 años de edad, según lo acreditado con su cédula de ciudadanía, y a que el derecho a su pensión no puede convertirse en un anhelo perene, se adicionará la sentencia de primera instancia, para efectos de ordenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones los

conceptos indicados por la a quo dentro de los treinta (30) días siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia.

De igual forma se modificará la sentencia para efectos de ordenar a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones que una vez reciba los recursos transferidos por Protección S.A., dentro de los dos (2) meses siguientes, proceda a realizar el reconocimiento de la pensión de vejez de la promotora de este juicio en los términos indicados en el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia.

En este punto, ora recordar que todas las entidades demandadas deben actuar de manera coordinada para garantizar el cumplimiento efectivo de la sentencia y permitir el retorno de la demandante al Régimen de Prima Media con prestación Definida, sin que trámites administrativos obstaculicen su derecho. Esto toda vez que en virtud del principio de eficiencia consagrado en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, las entidades del Sistema General de Seguridad Social están obligadas a optimizar sus recursos para asegurar una prestación oportuna y eficaz del servicio. Asimismo, conforme el numeral 10 del artículo 3 de la Ley 1437 de 2011, aplicable a las entidades públicas y a los privados que prestan un servicio público como lo es el servicio público esencial de seguridad social (art. 2 Ley 100 de 1993), las autoridades concertarán sus actividades con las de otras instancias estatales en el cumplimiento de sus cometidos y en el reconocimiento de sus derechos a los particulares, sin que una entidad pueda excusarse en el incumplimiento de otra para evadir su responsabilidad.

Costas procesales

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, que pide Colfondos S.A. sea revocada, como quiera que, las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que, tal condena es acertada, pues, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, por serlos gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, siendo entonces, la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, y contra quien se profirió una decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación No. 68091, en la que, en un caso de características similares a las aquí debatidas, sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”

Es claro entonces que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, quien, además se opuso a la prosperidad de las pretensiones e incluso propuso la totalidad de las excepciones como medio de defensa, por lo que, se confirmará igualmente esta decisión.

En los anteriores términos quedan resueltos el grado jurisdiccional de consulta y los recursos de apelación presentado por las demandadas.

COSTAS

Sin costas o agencias en derecho en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, el 27 de junio de 2024, el cual quedará así:

SEGUNDO. CONDENAR al fondo de pensiones **PROTECCIÓN S.A** a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones **COLPENSIONES** la totalidad de los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la actora junto con sus rendimientos financieros causados, así como el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. Para ello, se le concede un término de 30 días siguientes a la ejecutoria de la presente sentencia.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral cuarto de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó a COLPENSIONES al reconocimiento y pago de la pensión de vejez a favor de la demandante, de conformidad con lo establecido en la Ley 797 de 2003 con 13 mesadas al año calculándose el ingreso base de liquidación con los 10 ultimo años de cotización el cual para el año 2018 es de \$6.692.084 al

cual se le aplica una tasa de reemplazo del 67.22 %, generándose un valor de la mesada pensional para el año 2018 de \$4.498.220, aclarándose que una vez retornen los aportes con destino a Colpensiones se deberá contabilizar hasta la última semana de cotización y teniendo en cuenta la novedad de retiro, razón por la cual Colpensiones deberá establecer el retroactivo a favor de la actora. Y en su lugar ORDENAR a COLPENSIONES a que una vez reciba los recursos transferidos por Protección S.A., dentro de los dos (2) meses siguientes, proceda a realizar el reconocimiento de la pensión de vejez del demandante en los términos indicados en la ley 797 de 2003, aclarándose que se deberá contabilizar hasta la última semana de cotización y tener en cuenta la novedad de retiro, razón por la cual Colpensiones deberá establecer el retroactivo a favor de la actora.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado

Salvamento parcial de voto

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Luz Mery Moreno López

Demandados: Colpensiones, Colfondos S.A., Porvenir S.A., y
Protección S.A.

Radicado: 110013105026-2021-00310-01

Señores partes en el proceso, distinguidos compañeros de Sala de Decisión, comunidad jurídica en general:

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por esta Corporación, tratando de exponer sencilla y sintéticamente los motivos de mi salvamento parcial de voto, a continuación, resumo los argumentos por los cuales no comparto la razón de decidir acogida en la providencia mayoritariamente aprobada en lo que concierne a la no devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y prima de seguros previsionales debidamente indexadas:

De conformidad con lo decantado por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia SU 107 de 2024, es criterio mayoritario de esta Sala de decisión decretar la improcedencia de la devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y primas de seguros

previsionales debidamente indexadas, en el entendido que, al configurarse la disposición de los aludidos emolumentos situaciones jurídicas consolidadas, se encuentra vedado su devolución por el solo hecho de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

Sin embargo, considera quien ahora escribe que el enunciado raciocinio desconoce los efectos jurídicos de las acciones judiciales de “*ineficacia*” habida cuenta que, en su sentido estricto, la referida institución normativa propugna por retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio declarado ineficaz no hubiera existido; es decir, su declaratoria produce efectos *ex tunc -desde siempre-*, y no *ex nunc -desde ahora-*.

Colofón de lo anterior, por constituir el criterio mayoritario, ese sí, una afrenta al principio constitucional de sostenibilidad financiera, puesto que, al denegar la devolución indexada de los referenciados emolumentos, restringe la fuente de financiación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida para el futuro reconocimiento prestacional en provecho del afiliado, supuesto que conlleva a la materialización del déficit presupuestal aducido por Colpensiones, manifiesto que salvo parcialmente mi voto, toda vez que, con la postura mayoritaria, se estaría apoyando una decisión que considero injusta para con el Sistema General de la Seguridad Social en Pensiones.

Fecha ut supra.


RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



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

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR GLORIA ESPERANZA BECERRA URREGO contra el FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PROTECCION S.A. y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Radicación No. 11001-31-05-033-**2021-00158-01**.

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticinco (2025); se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022; con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Colpensiones y la apoderada de Protección S.A. y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia del 19 de junio de 2024 proferida por el Juzgado Treinta y tres Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente sentencia:

SENTENCIA

La demandante Gloria Esperanza Becerra Urrego, por intermedio de su apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas anteriormente referidas, solicitando que se declare la nulidad y/o ineficacia de traslado efectuado a Protección S.A.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se ordene a Protección S.A. a trasladar los aportes y rendimientos acreditados en la cuenta de ahorro individual del fondo a Colpensiones. Así mismo, que se ordene a Colpensiones a recibir al demandante.

Por último, que se condene a las demandadas al pago de costas.

En respaldo de sus pretensiones indica que inició su vida laboral en el mes de agosto de 1986 y se afilió a los riesgos de invalidez, vejez y muerte al ISS, permaneciendo en este hasta

marzo de 1996, fecha en la que se trasladó a Protección S.A. debido a que la visitó un asesor de la AFP y le manifestó que al afiliarse a ese fondo iba a mejorar su pensión.

Que el 25 de septiembre de 2020 solicitó a Colpensiones el cambio de régimen pensional y recibió respuesta negativa en razón a que se encontraba a menos de 10 años de su edad de pensión.

Actuación procesal

El Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 25 de agosto de 2021, y ordenó la notificación de las demandadas, así como de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Colpensiones y Protección S.A., contestaron la demanda en los términos del archivo 08 y 16 respectivamente del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 19 de junio de 2024 resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR la INEFICACIA DEL TRASLADO al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y con esto la afiliación realizada a la señora GLORIA ESPERANZA BECERRA URREGO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 51.722.585 afiliada el 1 DE FEBRERO DE 1996.

SEGUNDO. DECLARAR que GLORIA ESPERANZA BECERRA URREGO, actualmente se encuentra afiliada de manera efectiva al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

TERCERO. ORDENAR a PROTECCIÓN S.A., fondo actual del demandante, a realizar el traslado de los dineros existentes en la cuenta de ahorro individual de GLORIA ESPERANZA BECERRA URREGO, junto con sus respectivos intereses, rendimientos y bonos pensionales a que haya lugar.

CUARTO. ORDENAR a COLPENSIONES recibir el traslado de las sumas anteriormente descritas, así como activar la afiliación de GLORIA ESPERANZA BECERRA URREGO, al RPMPD e integrar en su totalidad la historia laboral de la demandante.

QUINTO. CONDENAR a PROTECCIÓN S.A. a transferir a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones las cuotas de administración, los dineros descontados para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse

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

SEXTO. ORDENAR a COLPENSIONES a acudir a los mecanismos procesales y extraprocesales pertinentes para obtener el recaudo de los dineros generados como consecuencia de la declaración hecha EN LOS ORDINALES ANTERIORES.

SÉPTIMO. ORDENAR A COLPENSIONES a realizar el calculo actuarial por los periodos que la demandante cotizó en el RAIS, con el fin de determinar el costo que colpensiones debe asumir al activar la afiliación de la demandante en el RPMPD.

OCTAVO. ORDENAR a PROTECCIÓN S.A. a que reconozca y pague la diferencia que llegare a existir entre el monto total que deba transferir a colpensiones como consecuencia de la declaración de ineficacia del traslado y el valor determinado por Colpensiones en el cálculo actuarial referido en el numeral anterior.

NOVENO. DECLARAR NO PROBADAS, las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción y demás presentadas por las demandadas, conforme lo expuesto en parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO. COSTAS de esta instancia quedan a cargo de PROTECCIÓN S.A., y COLPENSIONES. Se fijan como Agencias en Derecho la suma de DOS PUNTO CINCO (2.5) SMLMV a cargo de Protección S.A., y UN (1) SMLMV a cargo de Colpensiones, los cuales se calcularán a la fecha de pago de las mismas y en favor de la parte demandante.”

Para adoptar esta decisión, el operador de instancia afirma que para el momento del traslado no se requería el buen consejo adicional al deber de información ni tampoco la doble asesoría. Para dicho momento se encontraba vigente el decreto 663 de 1993, estatuto orgánico financiero, el cual establece en el numeral primero del artículo 97 que se debe brindar información centrada en lograr la transparencia en las operaciones que se realicen, es decir, al momento de las afiliaciones.

La Corte Suprema de Justicia ha entendido ese deber de información como la primera de las varias etapas que ha tenido, con la evolución jurisprudencial, el deber que tienen las administradoras de pensiones de brindar información. Entonces esa primera etapa se limitaba a un carácter comparativo, es decir características del RPM y del RAIS que permitan diferenciar las condiciones para acceder a las prestaciones que establece el sistema, cuáles son los efectos que tiene el estar en uno u otro régimen pensional, condiciones y requisitos de manera comparativa.

El deber de información no se agota con la suscripción del formulario de afiliación y en el proceso no se encuentra prueba que permita corroborar la información de las características del sistema o que se ilustró en torno al acceso de las prestaciones del sistema pensional.

En aplicación de la sentencia 107 de 2024, se debe analizar integralmente los medios de prueba a los que acudieron las partes, encontrando que no hay pruebas documentales que acrediten que en 1996 se le entregó información a la demandante entorno al consentimiento informado.

Recurso de Apelación y grado jurisdiccional de consulta.

La apoderada de Protección S.A. presentó recurso de alzada en contra de la sentencia de primera instancia, solicitando que se revoque el numeral quinto y octavo, toda vez que estas condenas resultan en perjuicios tomados por la declaración de ineficacia y que la AFP no debe asumir ya que durante el tiempo en que la demandante estuvo afiliada, se administraron sus aportes y esto generó una excelente rentabilidad, lo que conlleva a que la demandante pueda obtener unos aportes correctamente administrados.

Señala que Protección S.A. fue creada por la ley 100 de 1993 y no es dable que se condene a perjuicios toda vez que ha cumplido con las normas vigentes, dentro de estas las resoluciones 3099 de 2015 y 3023 de 2017 que hicieron que hoy en día sea mas exigente el capital con el que deben contar los afiliados en el RAIS, pero no se puede evidenciar con estos perjuicios condenados que la AFP haya causado algún daño a la demandante.

Solicita que se revoquen estos puntos de manera parcial y se ordene trasladar los aportes, rendimientos y bono pensional si así lo hubiese, sin que sea condenado en perjuicio alguno trasladar gastos de administración, primas de seguro previsional y el porcentaje del fondo de garantía de pensión mínima ni que sea condena en pagar diferencias por la situación del traslado o de la declaración de ineficacia.

También requiere que se acoja y se cumpla lo ordenado por la Corte Constitucional en su sentencia SU 107 de 2024, y por lo tanto Protección S.A. solo traslade dineros de la cuenta de ahorro, rendimientos y bono pensional.

El apoderado de Colpensiones presentó recurso de alzada en contra de la sentencia en primera instancia, señalando que la condena en costas es improcedente de acuerdo con la naturaleza del proceso, ya que Colpensiones es codemandado por ser actual administradora del RPM, lo cual hace que se vincule a la administradora al proceso, siendo esta entidad un tercero de buena fe que no participó en el negocio jurídico de afiliación.

Adicionalmente Colpensiones hace oposición bajo la prueba documental que reposa en el expediente y demuestra que efectivamente se realizó traslado al RAIS, la demandante se encuentra vinculada a Protección S.A. y Colpensiones no puede aceptar el traslado por

capricho propio, ya que existe una limitante de traslado cuando a una persona le faltare menos de 10 años para cumplir la edad de pensión.

Solicita que se revoque la condena en costas, también manifestando la sostenibilidad financiera de Colpensiones, ya que son recursos mixtos, es decir que hace parte recursos de la Nación.

En igual sentido, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Admitido el recurso de apelación con auto del 21 de agosto de 2024 por esta Corporación, se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Así mismo se estudiará en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver consiste en: i) Determinar si efectivamente existió una ineficacia en el momento del traslado de la accionante del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al régimen de ahorro individual (RAIS), como consecuencia de la falta de información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, para así escoger la mejor opción para su caso particular; ii) Si se debe absolver a Protección S.A. de la condena de devolución de gastos de administración, seguros previsionales y fondo de garantía de pensión mínima; iii) Si de declararse la ineficacia de traslado se ve afectada la sostenibilidad financiera de Colpensiones; y iv) Si se debe condenar en costas a Colpensiones.

De la ineficacia del traslado

Para la resolución de este asunto, debe considerarse que las AFP tienen un deber legal de suministrar a sus potenciales afiliados información objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Este deber existía desde la creación del sistema de seguridad social integral, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL 1452-2019,

SL 1688-2019, SL 1689-2019, SL 4426-2019, SL 3464-2019, SL 4360- 2019, SL 2611-2020, SL 4806-2020 y SL 373-2021).

En el referido artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se recalcó la importancia del deber de información de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria hoy Superfinanciera, incluyendo naturalmente a las Administradoras de Fondo de Pensiones, al contemplar textualmente que *"Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado"*.

Así mismo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra las obligaciones de los promotores en los siguientes términos: *"Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado"*.

De igual manera, debe considerarse que la suscripción de un formulario por parte del afiliado, que pueda o no, contener afirmaciones en el sentido de indicar que la afiliación se realiza de forma libre y voluntaria, no liberan a las AFP de su obligación de brindar información completa, objetiva y comparada de los distintos regímenes pensionales y las consecuencias asociadas al traslado entre ellos. A lo sumo, estas expresiones acreditan un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (SL 4964 de 2018, SL 4964 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3193 de 2023).

De suerte que, para la Sala, no cabe duda en cuanto a la existencia de un compendio normativo que obligaba a las administradoras de pensiones a informar en el momento del traslado, en forma, clara, completa, objetiva, veraz y transparente acerca de las características de ambos regímenes. Sobre este punto en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en la sentencia SL 1688 de 2019 con radicado No.68838, precisó desde cuándo se encontraba en cabeza de esas administradoras de pensiones, esa obligación probatoria en los siguientes términos:

"Desde este punto de vista, para la Corte es claro que, desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»".

Descendiendo al caso bajo estudio, será necesario remitirse a las pruebas obrantes en el expediente, pues se trata de una cuestión eminentemente fáctica y jurídica. Encontrando que

se aportó al expediente el formulario de afiliación a Colmena, hoy Protección S.A., del 01 de febrero de 1996, como se indicó anteriormente, en el que se registró la firma de un asesor comercial o ejecutivo de cuenta, sin que se encuentre acreditado que ese asesor brindó la información completa e informada sobre el traslado a la trabajadora, pues ninguna prueba se aportó en tal sentido. Con lo cual no existe prueba en el expediente que demuestre, más allá de toda duda razonable que al menos en esta oportunidad la afiliada hubiera recibido la información adecuada, suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa, que le permitiera decidir libremente el régimen al que quería estar afiliada.

Por otro lado, también se debe tener presente que la doctrina del precedente vertical en la sentencia del 09 de septiembre del año 2008, radicado 31989, ya había definido que la suscripción libre y voluntaria de ese formulario no era suficiente para dar cumplimiento a ese deber de información. Posición que fuera repetida también en forma pacífica por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la Sentencia del 03 de abril de 2019 en los siguientes términos:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado”.

Incluso en providencias más próximas a la fecha, se ha mantenido inmutable la postura de la Sala, ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia SL 397 del 1 de marzo de 2023 en la que se afirmó:

“En cuanto a la suscripción de uno o varios formularios de afiliación (f.º59), se encuentra adoctrinado que son insuficientes para demostrar que la decisión de traslado estuvo precedida por una ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Tampoco es admisible sostener que la simple rúbrica impuesta en el formulario, en señal de asentimiento, pueda suplir la información que deben brindar las administradoras (entre otros fallos se cita CSJ SL SL1688-2019)”.

En otro giro, frente al interrogatorio de parte rendido por la demandante en la audiencia celebrada el 19 de junio de 2024, visible en el archivo 23 del expediente virtual, la Sala avizora que esta no se puede tener como confesión en favor de las demandadas. En dicho medio probatorio únicamente declara no haber recibido información clara y comparada sobre ambos regímenes pensionales, mencionando que se trasladó ya que la asesora de XXX le indicó que el ISS se iba a acabar. Es por ello que, del análisis del interrogatorio de parte de la demandante, no se acredita ninguno de los elementos para considerar que se llenaron los

requisitos del artículo 191 numeral segundo para ser considerado como medio de prueba de confesión.

En igual sentido, resulta esencial y de gran relevancia mencionar el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024. Frente al cual la Sala, decide adoptarlo en adelante. Por lo cual, se ha de recordar que en esta decisión, el máximo tribunal constitucional delineó una serie de reglas para el análisis probatorio relacionado con los casos de ineficacia del traslado de los afiliados que cambiaron de régimen pensional al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad entre los años 1993 y 2009. Sobre este aspecto, se dispuso que tales procesos deben regirse exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y el Código General del Proceso, con el objetivo de garantizar el debido proceso. Estas directrices comprenden varias pautas esenciales:

Primero, el juez debe evaluar si el afiliado comprendía las consecuencias de su traslado al (RAIS), conforme a lo dispuesto en los artículos 13 de la Ley 100 de 1993 y 97 del Decreto 663 de 1993. Esto incluye verificar si los asesores de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) informaron adecuadamente sobre los riesgos asociados, las posibilidades de realizar cotizaciones adicionales, las consecuencias de no reunir el capital mínimo requerido para la pensión, la garantía de la pensión mínima y la devolución de saldos.

Asimismo, el juez debe permitir y considerar todas las pruebas necesarias, pertinentes y conducentes, ya sean solicitadas por las partes o requeridas de oficio, conforme al artículo 161 del CGP. Estas pruebas pueden comprender declaraciones, confesiones, testimonios, peritajes, inspecciones judiciales, documentos e indicios.

Además, las pruebas documentales deben ser evaluadas en conjunto con las demás pruebas del expediente. Por ejemplo, los formularios de afiliación, que suelen contener declaraciones sobre la decisión libre y espontánea del traslado, no son suficientes por sí solos para absolver a las demandadas.

En ausencia de pruebas directas, el juez puede recurrir a interrogatorios para esclarecer las circunstancias en que se prestó, o no, la información relevante. Los testimonios de personas que recibieron asesoría conjunta pueden ser fundamentales para determinar la veracidad de los hechos alegados.

Las pruebas indiciarias también deben ser analizadas en conjunto con otros elementos probatorios, de acuerdo con los artículos 176 y 242 del CGP.

Aunque la inversión de la carga de la prueba no debe ser una regla obligatoria, el juez puede, de manera excepcional, invertir la carga de la prueba en casos donde el demandante se encuentre en la imposibilidad de probar los hechos que sustentan sus pretensiones. Esta

medida se fundamenta en el artículo 167 del CGP y en la necesidad de proteger al afiliado de una imposición desproporcionada de cargas probatorias que vulneren su derecho al debido proceso y acceso a la justicia.

Con todo lo anterior, la Sala advierte que en el expediente no existe un solo elemento de convicción distinto al formato de vinculación que demuestre que la AFP Colmena, hoy Protección S.A. dio información transparente y completa a la afiliada sobre las características de ambos regímenes pensionales y las implicaciones inherentes de pertenecer a uno u otro al momento en que la demandante suscribió el formulario de afiliación. Lo que conduce a esta Sala a confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado que efectuó la demandante el 01 de febrero de 1996, como lo determinó el *a quo*.

Gastos de administración

Ahora bien, como lo indicó el *a quo*, esta Sala debe indicar que la jurisprudencia emitida por parte de la CSJ, al referirse a los efectos de la ineficacia, como la sentencia SL 1535 del 10 de mayo de 2022 señaló que *“es pertinente recordar que se contraen a la devolución de todos los dineros que el fondo hubiera recibido, entre otros, por concepto de las cotizaciones y los bonos pensionales —si fuere el caso—, además de los rendimientos financieros que se hubieren causado, y las cuotas de administración, pues no puede trasladarse una suma inferior a la realmente ahorrada. Lo anterior, bajo la ficción jurídica de que el actor nunca se movió al RAIS o, lo que es igual, que siempre estuvo afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones.”*

Sin embargo, tampoco se puede pasar por alto lo que sobre este tema ha indicado la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024, que es de obligatorio cumplimiento para los operadores judiciales, que en cuanto al principio de sostenibilidad financiera, indicó en los casos en que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, sólo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual. Señaló además que no es factible ordenar el traslado de los valores pagados por concepto de primas de seguros, gastos de administración y porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, ni tampoco que dichos valores fueran reconocidos de forma indexada. La Corte Constitucional, en los acápites de consideraciones de su decisión, expuso lo siguiente:

En primer lugar, en relación con las modalidades de devolución, la Corte aclaró que, materialmente, a pesar de que se declare la ineficacia del traslado, no es posible retrotraer al afiliado al día previo al traslado. Solamente es susceptible de traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y, si se ha pagado, el valor de un bono pensional. Esto se debe a que no toda la cotización es apta para ser trasladada, ya que el aporte se desglosa en primas de seguros, gastos de administración y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Además, no sería posible devolver los aportes voluntarios realizados por el afiliado mientras estuvo en el RAIS, ya que estos implicaron beneficios tributarios para la

declaración de renta, la compra de acciones u otro tipo de inversiones, constituyendo situaciones que se consolidaron en el tiempo.

En segundo lugar, respecto a las primas de seguros y el riesgo que estas amparan, la Corte recordó que, mes a mes, se paga el respectivo seguro para cubrir el riesgo de invalidez o muerte. En la Sentencia SU-313 de 2020, se explicó que de la cotización obligatoria del 16%, la Administradora de Fondos Pensionales debe destinar un 11,5% a la cuenta individual del afiliado, un 1,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y un 3% al financiamiento de los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. El seguro previsional que contratan las administradoras del RAIS debe ser colectivo y pagarse obligatoriamente, garantizando así la cobertura adecuada en caso de invalidez o muerte.

En cuanto a los gastos de administración, aunque no se tiene un pronunciamiento expreso en pensiones, la Corte ha sostenido que es legítimo desde el punto de vista constitucional que los particulares que participan en el sistema de salud sean recompensados por los gastos de administración en los que incurren, siempre y cuando no se afecte el derecho fundamental de los usuarios a un servicio de calidad, oportuno y eficiente. Esta misma lógica se aplica a los gastos de administración en pensiones, los cuales tienen un impacto incluso en la determinación del fondo al que pertenece un afiliado. En la Sentencia T-266 de 2023, la Corte protegió los derechos de una afiliada a la que se le negó el traslado por no estar en el aplicativo de traslados, operando en este caso la figura de la afiliación tácita.

Por otro lado, en la Sentencia C-687 de 2017, la Corte analizó una demanda de inconstitucionalidad que cuestionaba la contribución al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, alegando que dicha financiación no era retribuida al afiliado y constituía un enriquecimiento sin causa. Aunque la Corte se declaró inhibida, destacó que la cotización en el RAIS no sólo nutre la cuenta de ahorro individual, sino también un componente de solidaridad, siendo así reconocidas numerosas pensiones de vejez bajo la Garantía de Pensión Mínima.

Por los anteriores argumentos, se adoptará esta nueva postura por parte de esta Sala, entendiendo que, con la declaración de ineficacia, la AFP deberá devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, los ahorros de la cuenta individual del afiliado, los rendimientos financieros y el bono pensional, dejando atrás cualquier criterio anterior.

En este contexto, y considerando la postura de la Corte Constitucional, dado que Protección S.A. apeló lo relacionado con las primas de seguros previsionales y los gastos de administración y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, se revoca el numeral **quinto** de la sentencia de primera instancia. Esto se hará con el propósito de exonerar a la entidad de dichos conceptos, condenando únicamente a la devolución de los

ahorros de la cuenta individual del afiliado, los rendimientos financieros y el bono pensional si fue pagado, con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Ahora bien, al haber confirmado esta corporación la declaratoria de ineficacia de traslado, es pertinente mencionar que, la consecuencia de la declaratoria es retrotraer la situación al estado anterior a la celebración del negocio jurídico, es decir, en el caso concreto, se entiende que la demandante no estuvo afiliada a la AFP Protección S.A., por lo tanto, nunca se trasladó al RAIS. En ese orden de ideas, son contradictorios los numerales séptimo y octavo con respecto al numeral primero de la sentencia en primera instancia, ya que este declara la ineficacia de traslado de régimen.

Por lo tanto, no es posible ordenar que la consecuencia de la ineficacia del traslado sea, realizar el cálculo actuarial y pagar las diferencias de lo trasladado por la AFP y el valor determinado en el cálculo actuarial, como lo determinó el a quo en la sentencia, motivo por el que se revocan los numerales séptimo y octavo, debido a que con estos numerales se impone injustificadamente cargas adicionales a la AFP Protección S.A.

Sostenibilidad Financiera

De otra parte, para abordar a la inconformidad referida por la apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones, frente a la sostenibilidad del sistema financiero se encuentra que ya se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicando que dicho principio constitucional no se ve afectado con la declaratoria de ineficacia del traslado, dado a que como se señaló previamente, la AFP tiene el deber de restituir los valores recibidos por concepto de la afiliación del accionante con todos sus frutos, con lo cual se compensan las cotizaciones que debió efectuar el accionante el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y se financia la pensión a recibir, indistintamente si se han cotizado en un fondo público o en una cuenta de ahorro individual.

Así lo señaló la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, precisando:

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

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

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

Lo anterior también ha sido reiterado en sentencias posteriores como la SL1440-2021 y la SL1497-2022, en esta última con toda claridad la Corte precisó: *“Tampoco se atenta contra la sostenibilidad financiera del Sistema, en la medida en que la ley dispone las fuentes de financiamiento de las prestaciones económicas que éste reconoce y, en todo caso, la ineficacia comporta unos efectos que pasan a explicarse más adelante, lo que supone, entre otras cosas, que la totalidad del ahorro pensional efectuado, con los elementos que lo integran, pasen de la AFP a la administradora del Régimen de Prima Media.”*

Sin perjuicio de lo anterior, si la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones considera que el accionar omisivo de Protección S.A. le ocasionó un perjuicio, puede acudir a las vías judiciales para demostrar su existencia y lograr su resarcimiento.

Costas procesales

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, que pide Colpensiones sea revocada, como quiera que, las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que, tal condena es acertada, pues, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, por serlos gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, siendo entonces, la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, y contra quien se profirió una decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación No. 68091, en la que, en un caso de características similares a las aquí debatidas, sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”

Es claro entonces que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, quien, además se opuso a la prosperidad de las pretensiones e incluso propuso la totalidad de las excepciones como medio de defensa, por lo que, se confirmará igualmente esta decisión.

En los anteriores términos quedan resueltos el grado jurisdiccional de consulta y los recursos de apelación presentado por las demandadas.

COSTAS

Sin costas o agencias en derecho en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral quinto de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó a la AFP PROTECCIÓN S.A., a transferir a COLPENSIONES las cuotas de administración, los dineros descontados para los seguros previsionales y pensión de garantía mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: REVOCAR los numerales séptimo y octavo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de Bogotá, que ordenó a COLPENSIONES a realizar el cálculo actuarial por los periodos que la demandante cotizó en el RAIS. y condenó a la AFP PROTECCIÓN S.A., a que reconozca y pague la diferencia que llegare a existir entre el monto total que deba transferir a COLPENSIONES como consecuencia de la

declaración de ineficacia del traslado, de conformidad con lo expuesto anteriormente en la presente sentencia.

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado

Salvamento parcial de voto

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: Gloria Esperanza Becerra Urrego

Demandados: Colpensiones y Protección S.A.

Radicado: 110013105033-2021-00158-01

Señores partes en el proceso, distinguidos compañeros de Sala de Decisión, comunidad jurídica en general:

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por esta Corporación, tratando de exponer sencilla y sintéticamente los motivos de mi salvamento parcial de voto, a continuación, resumo los argumentos por los cuales no comparto la razón de decidir acogida en la providencia mayoritariamente aprobada en lo que concierne a la no devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y prima de seguros previsionales debidamente indexadas:

De conformidad con lo decantado por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia SU 107 de 2024, es criterio mayoritario de esta Sala de decisión decretar la improcedencia de la devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y primas de seguros previsionales debidamente indexadas, en el entendido que, al configurarse

la disposición de los aludidos emolumentos situaciones jurídicas consolidadas, se encuentra vedado su devolución por el solo hecho de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

Sin embargo, considera quien ahora escribe que el enunciado raciocinio desconoce los efectos jurídicos de las acciones judiciales de “*ineficacia*” habida cuenta que, en su sentido estricto, la referida institución normativa propugna por retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio declarado ineficaz no hubiera existido; es decir, su declaratoria produce efectos *ex tunc -desde siempre-*, y no *ex nunc -desde ahora-*.

Colofón de lo anterior, por constituir el criterio mayoritario, ese sí, una afrenta al principio constitucional de sostenibilidad financiera, puesto que, al denegar la devolución indexada de los referenciados emolumentos, restringe la fuente de financiación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida para el futuro reconocimiento prestacional en provecho del afiliado, supuesto que conlleva a la materialización del déficit presupuestal aducido por Colpensiones, manifiesto que salvo parcialmente mi voto, toda vez que, con la postura mayoritaria, se estaría apoyando una decisión que considero injusta para con el Sistema General de la Seguridad Social en Pensiones.

Fecha ut supra.



RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



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

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR RAFAEL ENRIQUE BETANCOURT FRAGOZO contra COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES Radicación No. 11001-31-05-031-2023-00399-01.

AUTO

Previo al estudio de los recursos de apelación, así como del grado jurisdiccional de consulta, la Sala advierte que mediante memorial del 29 de agosto de 2024 el apoderado de Colfondos S.A. presenta solicitud de terminación del proceso en atención a la promulgación de la Ley 2381 de 2024 *“Por medio de la cual se establece el Sistema de Protección Social Integral para la Vejez, Invalidez y Muerte de origen común, y se dictan otras disposiciones”*. Pese a lo anterior, debe señalarse que la terminación del proceso únicamente procede por solicitud de la parte demandante, quien es la legitimada para disponer del derecho en litigio o, mediante la sentencia ejecutoriada que pone fin al mismo; sin que ninguna de estos eventos se haya presentado en el asunto bajo estudio. Por este motivo, se negará la solicitud de terminación del proceso presentada por el apoderado de Colfondos S.A.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticinco (2025); se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022; con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de Colpensiones y el apoderado de Colfondos S.A. y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia del 10 de mayo de 2024 proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Previo deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente sentencia:

SENTENCIA

El demandante Rafael Enrique Betancourt Fragozo, por intermedio de su apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas anteriormente referidas, solicitando que se declare la eficacia de traslado del RAIS al RPM. Aplicar lo comunicado en el oficio del 28 de diciembre de 2013 y registrar la relación laboral en afiliación, en consecuencia, aceptar los pagos que se registran dentro del reporte de semanas cotizadas.

Así mismo, solicita que se revoque la resolución SUB 199719 del 28 de julio de 2022 y en su defecto proferir una nueva resolución mediante la cual se conceda la pensión de vejez, se incluya en la nomina de pensionados y le sea pagado el retroactivo.

En respaldo de sus pretensiones indica que en 2013 solicitó ante Colpensiones el traslado de régimen y esta entidad le notificó que la solicitud había sido aceptada, por lo que Colfondos S.A. procedió a efectuar el respectivo traslado de los aportes de 1996 a 2013.

Que el 14 de febrero de 2022 realizó solicitud de su pensión de vejez, obteniendo como respuesta de Colpensiones que se declaraba la falta de competencia y manifestando que remitiría el expediente a Colfondos.

Que realizó petición ante Colfondos y Colpensiones, solicitando que se declare la eficacia del traslado efectuado en 2013. Obteniendo como respuesta por parte de Colfondos S.A. que se presentó una multifiliación entre Colfondos S.A. y Colpensiones, la cual se definió a favor de Colfondos S.A.

Actuación procesal

El Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 26 de enero de 2024, y ordenó la notificación de las demandadas, así como de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Colfondos S.A. y Colpensiones, contestaron la demanda en los términos del archivo 13 y 14 respectivamente del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 10 de mayo de 2024 resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen, del traslado que realizo el demandante RAFAEL ENRIQUE BETANCOURT FRAGOZO, del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, teniendo al demandante como válidamente afiliado en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA como si nunca se hubiese trasladado de régimen.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada COLFONDOS a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado por la demandante, junto con los rendimientos financieros, las comisiones, los gastos de administración y valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, frente a la suma de dinero que descontó por concepto de gastos de administración, valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, COLFONDOS deberá trasladarlos debidamente indexados a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir a la demandante en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA como si nunca se hubiese trasladado de régimen.

CUARTO: ABSOLVER de las demás pretensiones incoadas por el demandante a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA Y PENSIONES COLPENSIONES

QUINTO: CONDENAR a COLFONDOS al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de \$200.000 pesos”

Para adoptar esta decisión, el operador de instancia afirma que, se acredita en el expediente el cumplimiento del artículo 6 del CPT y de la SS. Por otra parte, el artículo 48 de la Constitución Política le otorga a la seguridad social el carácter de derecho irrenunciable, el artículo 53 de la misma normativa, establece la garantía a la seguridad social.

Los presupuestos normativos vigentes para 1996 era, en primer lugar, el artículo 13 que establece que la selección de cualquiera de los regímenes es libre y voluntaria, quien manifestará por escrito su elección al momento del traslado. En segundo lugar, el artículo 11 del decreto 692 de 1994 que reglamenta parcialmente la ley 100 de 1993 que establece que en el momento de trasladarse de régimen o de afiliarse, el afiliado debe tomar de manera libre, espontánea y sin presiones la decisión el traslado y esto debe aparecer plasmado en un formulario. Por último, el artículo 12 del decreto 720 de 1994 que impone a los promotores de las AFP de suministrar información suficiente amplia y oportuna a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación y durante toda la vinculación.

La CSJ ha indicado que el deber de información a cargo de las AFP desde el inicio ha existido, no puede alegarse que existió una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen la incidencia que pueda tener frente a sus derechos prestacionales.

La demandada Colfondos S.A. no acreditó documento alguno por medio del cual se pudiese verificar el cumplimiento del deber de información, ni siquiera el formulario de traslado de régimen del demandante. Además, cuando se revisa la contestación de la demanda de la AFP, el reporte de semanas que aporta corresponde a una persona distinta al demandante. La AFP tampoco aportó prueba de asesoría.

El demandante solicitó la afiliación a Colpensiones, sin embargo, esta entidad no podía aceptar el traslado del régimen debido a que el actor ya se encontraba inmerso en la prohibición de edad, tenía hasta 2012 para realizar el traslado.

Recurso de Apelación y grado jurisdiccional de consulta.

La apoderada de Colpensiones presentó recurso de alzada en contra de la sentencia de primera instancia, indicando que con esta decisión se ve afectado el equilibrio y la sostenibilidad financiera del sistema consagrados en el artículo 48 de la Constitución Política, toda vez que el principal propósito que tuvo el legislador de establecer la prohibición fue proteger el fondo común por medio del cual Colpensiones paga las pensiones a quien cumple con los requisitos estipulados en la normatividad pensional y así no generar un desequilibrio patrimonial.

Así mismo debe tenerse en cuenta que los recursos que recibe la administradora por concepto de cotizaciones de los afiliados al sistema no le son suficientes para pagar las pensiones a su cargo, esto se sustenta con la jurisprudencia de la CSJ en sentencia C1024 de 2004 y C062 de 2010.

La parte actora no tiene los requisitos legales para acceder al traslado como se encuentra en las sentencias SU062 de 2010, SU130 de 2013 y C1024 de 2004.

En caso de que se confirme la sentencia, solicita se mantenga la condena impuesta a la AFP Colfondos S.A. ya que Colpensiones queda supeditada al cumplimiento de esta. De igual manera solicita la no condena en costas en segunda instancia.

El apoderado de Colfondos S.A. presentó recurso de alzada en contra de la sentencia en primera instancia, indicando que no está de acuerdo con la motivación de la sentencia en primera instancia, toda vez que la juez desconoce el artículo 13, literal b de la ley 100 de 1993, debido a que el afiliado ejerció su derecho a la elección del régimen conforme a la normatividad ya mencionada, la selección se llevó a cabo completamente libre y sin ningún vicio que afectara la validez de su elección en el régimen pensional y el traslado se materializó de forma voluntaria y en plena conformidad con las disposiciones legales vigentes en aquel momento.

Para la época en que el afiliado efectúa el traslado, es importante señalar que el a quo desconoció la normativa consagrada en la ley 1758 de 2014 y el decreto 2071 de 2015, pues para esa época no existía obligación por parte de los fondos de pensiones en hacer

proyecciones en el momento en el que el afiliado optaba por el traslado de régimen y los cambios legislativos y judiciales posteriores no podían ser anticipados con certeza en ese momento, lo que respalda la imprevisibilidad que afrontaba el fondo para advertir esos cambios normativos.

Los asesores del fondo en su momento brindaron la información al demandante y este conocía las condiciones en que efectuar su traslado. Así mismo, la juez de primera instancia desconoció la sentencia SU 107 de 2024 proferida por la Corte Constitucional en el sentido de condenar al fondo en los gastos de administración, esta condena no podía ser impuesta a la AFP toda vez que esto ya se había causado y no podía condenarse sobre este aspecto.

La juez no tuvo en cuenta el artículo 7 del decreto 3995 de 2008, en el sentido de que allí se regula de manera taxativa los rubros objeto de traslado, los cuales se resumen en los saldos a favor en unidades de los aportes realizados a nombre del trabajador destinadas a la cuenta individual y al fondo de garantía mínima de pensión.

Tampoco está de acuerdo el apoderado con la condena en costas impartida toda vez que la AFP siempre actuó de buena fe bajo el principio constitucional y ejerció su derecho a la defensa y a la contradicción, de tal manera que esta condena no puede ser impuesta.

El demandante permaneció en el RAIS por más de 25 años por lo cual el simple comportamiento de su conducta avala la afiliación del demandante a la AFP Colfondos S.A.

En igual sentido, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Admitido el recurso de apelación con auto del 21 de agosto de 2024 por esta Corporación, se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Así mismo se estudiará en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver consiste en: i) Determinar si efectivamente existió una ineficacia en el momento del traslado de la accionante del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al régimen de ahorro individual (RAIS),

como consecuencia de la falta de información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, para así escoger la mejor opción para su caso particular; ii) Si se debe absolver a Colfondos S.A. de la condena de devolución de gastos de administración, seguros previsionales y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima; iii) Si la permanencia en el RAIS incide en la declaratoria de ineficacia de traslado; iv) Si con la declaratoria de ineficacia de traslado se ve afectada la sostenibilidad financiera de Colpensiones; y v) Si se debe condenar en costas a Colfondos.

De la ineficacia del traslado

Para la resolución de este asunto, debe considerarse que las AFP tienen un deber legal de suministrar a sus potenciales afiliados información objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Este deber existía desde la creación del sistema de seguridad social integral, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL 1452-2019, SL 1688-2019, SL 1689-2019, SL 4426-2019, SL 3464-2019, SL 4360-2019, SL 2611-2020, SL 4806-2020 y SL 373-2021).

En el referido artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se recalcó la importancia del deber de información de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria hoy Superfinanciera, incluyendo naturalmente a las Administradoras de Fondo de Pensiones, al contemplar textualmente que *"Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado"*.

Así mismo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra las obligaciones de los promotores en los siguientes términos: *"Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado"*.

De igual manera, debe considerarse que la suscripción de un formulario por parte del afiliado, que pueda o no, contener afirmaciones en el sentido de indicar que la afiliación se realiza de forma libre y voluntaria, no liberan a las AFP de su obligación de brindar información completa, objetiva y comparada de los distintos regímenes pensionales y las consecuencias asociadas al traslado entre ellos. A lo sumo, estas expresiones acreditan un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (SL 4964 de 2018, SL 4964 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3193 de 2023).

De suerte que, para la Sala, no cabe duda en cuanto a la existencia de un compendio normativo que obligaba a las administradoras de pensiones a informar en el momento del traslado, en forma, clara, completa, objetiva, veraz y transparente acerca de las características de ambos regímenes. Sobre este punto en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en la sentencia SL 1688 de 2019 con radicado No.68838, precisó desde cuándo se encontraba en cabeza de esas administradoras de pensiones, esa obligación probatoria en los siguientes términos:

“Desde este punto de vista, para la Corte es claro que, desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»”.

Descendiendo al caso bajo estudio, será necesario remitirse a las pruebas obrantes en el expediente, pues se trata de una cuestión eminentemente fáctica y jurídica. Encontrando que se aportó al expediente el historial de vinculaciones, en donde se evidencia la afiliación a Colfondos S.A., del 13 de septiembre de 1996. No obstante, no existe prueba en el expediente que demuestre, que el afiliado hubiera recibido la información adecuada, suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa, que le permitiera decidir libremente el régimen al que quería estar afiliado.

Por otro lado, también se debe tener presente que la doctrina del precedente vertical en la sentencia del 09 de septiembre del año 2008, radicado 31989, ya había definido que la suscripción libre y voluntaria de ese formulario no era suficiente para dar cumplimiento a ese deber de información. Posición que fuera repetida también en forma pacífica por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la Sentencia del 03 de abril de 2019 en los siguientes términos:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado”.

Incluso en providencias más próximas a la fecha, se ha mantenido inmutable la postura de la Sala, ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia SL 397 del 1 de marzo de 2023 en la que se afirmó:

“En cuanto a la suscripción de uno o varios formularios de afiliación (f.º59), se encuentra adoctrinado que son insuficientes para demostrar que la decisión de traslado estuvo precedida por una ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Tampoco es admisible sostener que la simple rúbrica impresa en el formulario, en señal de asentimiento, pueda suplir la información que deben brindar las administradoras (entre otros fallos se cita CSJ SL SL1688-2019)”.

En otro giro, frente al interrogatorio de parte rendido por el demandante en la audiencia celebrada el 10 de mayo de 2024, visible en el archivo 28 del expediente virtual, la Sala avizora que esta no se puede tener como confesión en favor de las demandadas. En dicho medio probatorio únicamente declara no haber recibido información clara y comparada sobre ambos regímenes pensionales, mencionando que se trasladó ya que el asesor le comentó muchos beneficios, como que la edad de pensión y que la mesada sería mejor. Es por ello que, del análisis del interrogatorio de parte del demandante, no se acredita ninguno de los elementos para considerar que se llenaron los requisitos del artículo 191 numeral segundo para ser considerado como medio de prueba de confesión.

En igual sentido, resulta esencial y de gran relevancia mencionar el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024. Frente al cual la Sala, decide adoptarlo en adelante. Por lo cual, se ha de recordar que en esta decisión, el máximo tribunal constitucional delineó una serie de reglas para el análisis probatorio relacionado con los casos de ineficacia del traslado de los afiliados que cambiaron de régimen pensional al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad entre los años 1993 y 2009. Sobre este aspecto, se dispuso que tales procesos deben regirse exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y el Código General del Proceso, con el objetivo de garantizar el debido proceso. Estas directrices comprenden varias pautas esenciales:

Primero, el juez debe evaluar si el afiliado comprendía las consecuencias de su traslado al (RAIS), conforme a lo dispuesto en los artículos 13 de la Ley 100 de 1993 y 97 del Decreto 663 de 1993. Esto incluye verificar si los asesores de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) informaron adecuadamente sobre los riesgos asociados, las posibilidades de realizar cotizaciones adicionales, las consecuencias de no reunir el capital mínimo requerido para la pensión, la garantía de la pensión mínima y la devolución de saldos.

Asimismo, el juez debe permitir y considerar todas las pruebas necesarias, pertinentes y conducentes, ya sean solicitadas por las partes o requeridas de oficio, conforme al artículo 161 del CGP. Estas pruebas pueden comprender declaraciones, confesiones, testimonios, peritajes, inspecciones judiciales, documentos e indicios.

Además, las pruebas documentales deben ser evaluadas en conjunto con las demás pruebas del expediente. Por ejemplo, los formularios de afiliación, que suelen contener declaraciones sobre la decisión libre y espontánea del traslado, no son suficientes por sí solos para absolver a las demandadas.

En ausencia de pruebas directas, el juez puede recurrir a interrogatorios para esclarecer las circunstancias en que se prestó, o no, la información relevante. Los testimonios de personas que recibieron asesoría conjunta pueden ser fundamentales para determinar la veracidad de los hechos alegados.

Las pruebas indiciarias también deben ser analizadas en conjunto con otros elementos probatorios, de acuerdo con los artículos 176 y 242 del CGP.

Aunque la inversión de la carga de la prueba no debe ser una regla obligatoria, el juez puede, de manera excepcional, invertir la carga de la prueba en casos donde el demandante se encuentre en la imposibilidad de probar los hechos que sustentan sus pretensiones. Esta medida se fundamenta en el artículo 167 del CGP y en la necesidad de proteger al afiliado de una imposición desproporcionada de cargas probatorias que vulneren su derecho al debido proceso y acceso a la justicia.

Con todo lo anterior, la Sala advierte que en el expediente no existe un solo elemento de convicción que demuestre que la AFP Colfondos S.A. dio información transparente y completa al afiliado sobre las características de ambos regímenes pensionales y las implicaciones inherentes de pertenecer a uno u otro al momento en que el demandante suscribió el formulario de afiliación. Lo que conduce a esta Sala a confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado que efectuó el demandante el 13 de septiembre de 1996, como lo determinó el *a quo*.

Gastos de administración

Ahora bien, como lo indicó el *a quo*, esta Sala debe indicar que la jurisprudencia emitida por parte de la CSJ, al referirse a los efectos de la ineficacia, como la sentencia SL 1535 del 10 de mayo de 2022 señaló que *“es pertinente recordar que se contraen a la devolución de todos los dineros que el fondo hubiera recibido, entre otros, por concepto de las cotizaciones y los bonos pensionales —si fuere el caso—, además de los rendimientos financieros que se hubieren causado, y las cuotas de administración, pues no puede trasladarse una suma inferior a la realmente ahorrada. Lo anterior, bajo la ficción jurídica de que el actor nunca se movió al RAIS o, lo que es igual, que siempre estuvo afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones.”*

Sin embargo, tampoco se puede pasar por alto lo que sobre este tema ha indicado la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024, que es de obligatorio cumplimiento para los

operadores judiciales, que en cuanto al principio de sostenibilidad financiera, indicó en los casos en que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, sólo es posible ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual. Señaló además que no es factible ordenar el traslado de los valores pagados por concepto de primas de seguros, gastos de administración y porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, ni tampoco que dichos valores fueran reconocidos de forma indexada. La Corte Constitucional, en los acápites de consideraciones de su decisión, expuso lo siguiente:

En primer lugar, en relación con las modalidades de devolución, la Corte aclaró que, materialmente, a pesar de que se declare la ineficacia del traslado, no es posible retrotraer al afiliado al día previo al traslado. Solamente es susceptible de traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y, si se ha pagado, el valor de un bono pensional. Esto se debe a que no toda la cotización es apta para ser trasladada, ya que el aporte se desglosa en primas de seguros, gastos de administración y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Además, no sería posible devolver los aportes voluntarios realizados por el afiliado mientras estuvo en el RAIS, ya que estos implicaron beneficios tributarios para la declaración de renta, la compra de acciones u otro tipo de inversiones, constituyendo situaciones que se consolidaron en el tiempo.

En segundo lugar, respecto a las primas de seguros y el riesgo que estas amparan, la Corte recordó que, mes a mes, se paga el respectivo seguro para cubrir el riesgo de invalidez o muerte. En la Sentencia SU-313 de 2020, se explicó que de la cotización obligatoria del 16%, la Administradora de Fondos Pensionales debe destinar un 11,5% a la cuenta individual del afiliado, un 1,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y un 3% al financiamiento de los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. El seguro previsional que contratan las administradoras del RAIS debe ser colectivo y pagarse obligatoriamente, garantizando así la cobertura adecuada en caso de invalidez o muerte.

En cuanto a los gastos de administración, aunque no se tiene un pronunciamiento expreso en pensiones, la Corte ha sostenido que es legítimo desde el punto de vista constitucional que los particulares que participan en el sistema de salud sean recompensados por los gastos de administración en los que incurren, siempre y cuando no se afecte el derecho fundamental de los usuarios a un servicio de calidad, oportuno y eficiente. Esta misma lógica se aplica a los gastos de administración en pensiones, los cuales tienen un impacto incluso en la determinación del fondo al que pertenece un afiliado. En la Sentencia T-266 de 2023, la Corte protegió los derechos de una afiliada a la que se le negó el traslado por no estar en el aplicativo de traslados, operando en este caso la figura de la afiliación tácita.

Por otro lado, en la Sentencia C-687 de 2017, la Corte analizó una demanda de inconstitucionalidad que cuestionaba la contribución al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, alegando que dicha financiación no era retribuida al afiliado y constituía un

enriquecimiento sin causa. Aunque la Corte se declaró inhibida, destacó que la cotización en el RAIS no sólo nutre la cuenta de ahorro individual, sino también un componente de solidaridad, siendo así reconocidas numerosas pensiones de vejez bajo la Garantía de Pensión Mínima.

Por los anteriores argumentos, se adoptará esta nueva postura por parte de esta Sala, entendiendo que, con la declaración de ineficacia, la AFP deberá devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, los ahorros de la cuenta individual del afiliado, los rendimientos financieros y el bono pensional, dejando atrás cualquier criterio anterior.

En este contexto, y considerando la postura de la Corte Constitucional, dado que Colfondos S.A. apeló lo relacionado con las primas de seguros previsionales y los gastos de administración, se revoca parcialmente el numeral **segundo** de la sentencia de primera instancia. Esto se hará con el propósito de exonerar a la entidad de dichos conceptos, condenando únicamente a la devolución de los ahorros de la cuenta individual del afiliado, los rendimientos financieros y el bono pensional si fue pagado, con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Permanencia en el RAIS

Ahora bien, en cuanto al tiempo de permanencia en el RAIS, por parte del actor, lo cierto es que ni el tiempo de permanencia en el RAIS ni los traslados realizados entre fondos; ni el hecho de no haberse trasladado el afiliado al régimen de prima media con prestación definida dentro del término legal, convalida la actuación irregular que genera la ineficacia, por ser hechos ocurridos con posterioridad a la fecha de traslado de régimen pensional, ya que el que presentó la irregularidad que genera la ineficacia, tal como lo tiene adoctrinado la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia adiada el 02 de marzo de 2022 bajo radicado SL1055-2022, MP IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ, mediante la cual se aclaró:

“Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. (...)”

Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto

jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.”

Por otra parte, la Sala de Descongestión No.3 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia recientemente reiteró:

“Ahora, en este punto la Corte no pasa inadvertido que el Tribunal concluyó que el traslado fue voluntario pues la actora se afilió a otras administradoras del mismo régimen pensional, lo cual respalda Colpensiones bajo la teoría de los actos de relacionamiento que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer en el RAIS y, a su vez, la recurrente critica al indicar que el estudio de la acción de ineficacia debe centrarse simplemente en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial, sin que la afiliación misma suponga que ello se acató.

Pues bien, la postura del Tribunal es contraria a la que ha adocinado la Corte en su jurisprudencia, que sobre este punto tiene un carácter consolidado y reiterado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021). En estas providencias se ha señalado claramente que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras privadas de este esquema. (CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5688-2021)

Para finalizar, en nada modifica la situación el número de años de permanencia de la actora en el RAIS y menos implica que el traslado se haya formalizado con su consentimiento informado.”

Sostenibilidad financiera

De otra parte, para abordar a la inconformidad referida por la apoderada de la Administradora Colombiana de Pensiones, frente a la sostenibilidad del sistema financiero se encuentra que ya se ha pronunciado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicando que dicho principio constitucional no se ve afectado con la declaratoria de ineficacia del traslado, dado

a que como se señaló previamente, la AFP tiene el deber de restituir los valores recibidos por concepto de la afiliación del accionante con todos sus frutos, con lo cual se compensan las cotizaciones que debió efectuar el accionante el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y se financia la pensión a recibir, indistintamente si se han cotizado en un fondo público o en una cuenta de ahorro individual.

Así lo señaló la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia SL3464-2019 radicación 76.284 del 14 de agosto de 2019, precisando:

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

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

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

Lo anterior también ha sido reiterado en sentencias posteriores como la SL1440-2021 y la SL1497-2022, en esta última con toda claridad la Corte precisó: *“Tampoco se atenta contra la sostenibilidad financiera del Sistema, en la medida en que la ley dispone las fuentes de financiamiento de las prestaciones económicas que éste reconoce y, en todo caso, la ineficacia comporta unos efectos que pasan a explicarse más adelante, lo que supone, entre*

otras cosas, que la totalidad del ahorro pensional efectuado, con los elementos que lo integran, pasen de la AFP a la administradora del Régimen de Prima Media.”

Sin perjuicio de lo anterior, si la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones considera que el accionar omisivo de Colfondos S.A. le ocasionó un perjuicio, puede acudir a las vías judiciales para demostrar su existencia y lograr su resarcimiento.

Costas procesales

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, que pide Colfondos S.A. sea revocada, como quiera que, las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que, tal condena es acertada, pues, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, por serlos gastos que se deben sufragar en el proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, siendo entonces, la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, y contra quien se profirió una decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación No. 68091, en la que, en un caso de características similares a las aquí debatidas, sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”

Es claro entonces que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, quien, además se opuso a la prosperidad de las pretensiones e incluso propuso la totalidad de las excepciones como medio de defensa, por lo que, se confirmará igualmente esta decisión.

En los anteriores términos quedan resueltos el grado jurisdiccional de consulta y los recursos de apelación presentado por las demandadas.

COSTAS

Sin costas o agencias en derecho en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó a la AFP COLFONDOS S.A., a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado por la demandante, junto con los rendimientos financieros, las comisiones, los gastos de administración y valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, valores debidamente indexados. Y en su lugar **CONDENAR** a la AFP COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorros del demandante y el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado

Salvamento parcial de voto
RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA
Magistrado



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

Magistrado Ponente: **RODRIGO ÁVALOS OSPINA.**

PROCESO ORDINARIO LABORAL PROMOVIDO POR MARÍA CRISTINA LÓPEZ ACEVEDO contra SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A., ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A., COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS y ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES. COLPENSIONES Radicación No. 11001-31-05-016-2020-00295-02.

AUTO

La apoderada de la demandada Skandia S.A. mediante memorial del 27 de septiembre de 2024 y 12 de marzo de 2025 solicitó: *“se dé por terminado el proceso por un hecho sobreviniente y se tenga por superada la pretensión de ineficacia de afiliación para en su lugar disponer la aplicación del artículo 76 de la Ley 2381 de 2024 en concordancia con el artículo 21 numeral 2 del Decreto 1225 de 2024.”*

La solicitud de la AFP fue allegada junto con certificado de afiliación al Régimen de Prima Media con Prestación Definida (RPM) administrado por la Adminsitradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, en donde se indica que la señora MARIA CRISTINA LOPEZ ACEVEDO se encuentra afiliada a Colpensiones.

No obstante, itera la sala, el 12 de marzo de 2025, la actora aún no se encontraba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ya que la certificación, como se dijo, claramente establece que se encuentra afiliada desde el 01 de mayo de 2025.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE

Bogotá D.C., treinta (30) de abril de dos mil veinticinco (2025); se emite la presente sentencia de manera escrita conforme lo preceptúa el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022; con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de Colfondos S.A, la apoderada

de Skandia S.A. y el apoderado de Colpensiones y el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones, contra la sentencia del 30 de abril de 2024 proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

Prevía deliberación de los magistrados que integran la Sala y conforme a los términos acordados, se procede a proferir la siguiente sentencia:

SENTENCIA

La demandante María Cristina López Acevedo, por intermedio de su apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de las demandadas anteriormente referidas, solicitando que se declare nula o ineficaz la afiliación hecha al régimen de ahorro individual. Que se declare válida la afiliación hecha al ISS, hoy Colpensiones.

Como consecuencia de lo anterior, solicita que se condene a retrotraer los efectos de la afiliación y trasladar a Colpensiones la información y dineros aportados como si el traslado nunca se hubiere realizado.

Por último, que se condene al pago de costas, agencias en derecho, lo ultra y extra petita.

En respaldo de sus pretensiones indica que nació el 21 de junio de 1962 y desde el inicio de su vida laboral, perteneció al RPM desde el 02 de junio de 1980, cotizando más de 566 semanas en este régimen.

Que se trasladó a Colmena, hoy Protección S.A, con la suscripción de formulario del 28 de septiembre de 1994 y posteriormente presentó traslado a Skandia S.A, fondo en el que ha permanecido.

Que no recibió asesoría que le permitiera evaluar sus condiciones pensionales, pues sólo recibió información que le motivara a afiliarse y mantenerse en el RAIS, y no recibió comparativos ni paralelos entre ambos regímenes pensionales.

Que conforme información informal entregada por Skandia S.A, la demandante sólo puede aspirar a una pensión de algo más de \$1.200.000, pese a contar con un IBL cercano a \$4.500.000 y más de 2000 semanas de aportes. Por el contrario, la pensión de la demandante al año 2020, en caso de haber permanecido, o haber regresado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, estaría alrededor de al menos \$3.472.000, conforme un IBL de \$4.454.000 y una tasa del 77.96%.

Que la demandante solicitó a Protección S.A, Skandia S.A. y Colpensiones, la anulación de la afiliación al RAIS, peticiones que fueron negadas por las administradoras.

Actuación procesal

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá admitió la demanda con auto del 19 de mayo de 2021, y ordenó la notificación de las demandadas, así como de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. Skandia S.A, Protección S.A, Colpensiones y Colfondos S.A, contestaron la demanda en los términos del archivo 07, 08, 10 y 28 respectivamente del expediente digital.

Sentencia de primera instancia

El juzgado de conocimiento en sentencia proferida el 30 de abril de 2024 resolvió:

“PRIMERO: Declarar la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad que realizara la demandante, señora María Cristina López Acevedo, identificada con cédula de ciudadanía No 51.670.966 y que tuvo lugar el día veintiocho (28) de septiembre de 1994, por ante Colmena Pensiones y Cesantías, hoy AFP Protección S.A. Lo anterior motivado la anterior en la omisión en el deber de información.

SEGUNDO: Condenar a Skandia Pensiones y Cesantías, a trasladar la totalidad de los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, con destino a la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, incluyendo los conceptos por capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, bonos pensionales si los hubiere, porción destinada al fondo de garantía de pensión mínima, y en general todos los conceptos que integraron las cotizaciones realizadas en favor del demandante en el régimen de ahorro individual con solidaridad; condena que se hace extensiva a las AFP Protección S.A y Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, en relación con los periodos de tiempo que estuvo afiliada en dichas entidades la señora demandante, y en relación con los componentes de las cotizaciones efectuadas que no fueron trasladadas en su momento al fondo subsiguiente.

TERCERO: Declarar no probadas las excepciones propuestas por el extremo demandado.

CUARTO: Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones-, a recibir los recursos condenados en los numerales que anteceden, y a reactivar la afiliación del demandante en el régimen solidario de prima media con prestación definida, para lo cual deberá actualizar su historia de cotizaciones, incluyendo el equivalente a la totalidad de semanas de cotización que efectuó la demandante en régimen de ahorro individual con solidaridad, cuya ineficacia se declaró.

QUINTO: Condenar en costas de la instancia al extremo demandado. Practíquese la liquidación por secretaría, incluyendo el monto de un cuarto de Salario Mínimo Legal Mensual Vigente (1/4 SMLMV), a cargo de las demandadas y en favor de la parte demandante.”

Para adoptar esta decisión, el operador de instancia afirma que se debe tener en cuenta el régimen de seguridad social general, la ley 100 de 1993 estableció en su artículo 12 que los regímenes pensionales, el de prima media con prestación definida y el de ahorro individual con solidaridad.

En esa misma norma del artículo 13 que se hace referencia establece que las personas pueden trasladarse de un régimen al otro, pero deben respetar un término mínimo de permanencia que inicialmente era de 3 años y posteriormente se incrementó a 5 años. Estableció también el legislador que las personas tienen la prohibición de trasladarse de régimen cuando se encuentren a 10 años o menos de tener la edad para adquirir el derecho pensional.

Sobre este tema, la Corte se ha pronunciado en reiterada jurisprudencia desde 2008 hasta la actualidad en los debates por la denominada nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional, como se ve en sentencias 31989 y 31314 de 2008, 33083 de 2011, 46292 de 2014 y 17595 de 2017, entre otras.

Se ha plasmado por la corte reglas claras y precisas que perviven hasta la actualidad, que consisten en que siempre ha existido el deber de información en cabeza de las administradoras de pensiones desde su creación para entregar información clara, precisa, suficiente, detallada, comprensible para que tenga plena claridad de las implicaciones del traslado de régimen pensional, las características de uno y otro régimen, las ventajas y desventajas que conllevan los mismos para que pueda entenderse que existió un consentimiento suficientemente informado.

La carga de la prueba está en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones, quienes deben acreditar y demostrar que cumplieron a cabalidad con ese deber, ya que en caso contrario ha de predicarse la ineficacia del traslado de régimen y como consecuencia trasladar todos los recursos de las cuentas de ahorro pensional de los afiliados con destino a Colpensiones. No es necesario que las personas estuviesen en régimen de transición para que tengan derecho al deber de información, sin embargo, el formulario de afiliación y la firma de este no resulta suficiente para demostrar que se cumplió a cabalidad con el deber de información.

La CSJ al referirse a la primera etapa del deber de información, que era la vigente para el momento del traslado inicial, indica que es la ilustración de características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada régimen pensional.

En el caso concreto, la demandante estuvo afiliada al RPM, y en 1994 se trasladó al RAIS mediante Colmena, hoy AFP Protección S.A. También se encuentra que se trasladó de Colmena a Colfondos S.A. en 1999 y de Colfondos S.A. a Skandia S.A. en 2013.

Examinada la demanda, contestaciones y pruebas del proceso, para el juzgado es claro concluir que el extremo demandado no demostró el cumplimiento del deber de información. Las demandadas aducen que la demandante suscribió formulario de afiliación, aclarando que, estos documentos no han sido tachados de falsos, sin embargo, no resultan suficientes para demostrar el cumplimiento al deber de información.

Recurso de Apelación y grado jurisdiccional de consulta.

El apoderado de Colfondos S.A. presentó recurso de alzada en contra de la sentencia de primera instancia, indicando que la afiliada de acuerdo con las múltiples vinculaciones de forma horizontal realizadas al régimen de ahorro individual, ejerció su derecho de elección de régimen conforme al artículo 3 literal b de la ley 100 de 1993, siendo la elección completamente libre y sin ningún vicio que afectara la validez de la selección de régimen pensional.

El personal del fondo suministró a la demandante la información requerida, la interesada tuvo la oportunidad de estudiar y conocer las normas legales relacionadas con la seguridad social en pensiones al momento de la afiliación; adicionalmente, tuvo la posibilidad de buscar asesoramiento si así lo consideraban necesario al respecto.

La elección del régimen y de administradora corresponden únicamente a la voluntad libre y espontánea del afiliado, esta elección quedó plasmada de forma explícita e inequívoca en el respectivo formulario de afiliación siendo ratificado con la firma de la propiedad afiliada, quien además realizó dicha afiliación no solamente con la AFP Colfondos S.A. sino también lo hizo con múltiples AFP del RAIS.

Solicita que se considere el marco legislativo que rodea el caso, es decir, antes de la promulgación de la ley 1758 de 2014 y el decreto de 2015, no existe una obligación por parte de los fondos de pensiones de hacer proyecciones en el momento en que un afiliado optaba por realizar el traslado de régimen. Los cambios normativos y legislativos judiciales no podían ser anticipados con certeza en este momento, lo cual respalda la imprevisibilidad que enfrentaba el fondo para advertir estos cambios normativos.

Es fundamental resaltar que en el año en que la afiliada optó por el traslado de régimen, la normatividad mencionada aún no estaba en vigor, por ende, aplicarla con el fondo, implica una retroactividad normativa, expresamente prohibida por la legislación colombiana.

Es importante manifestar, teniendo en cuenta la condena que se impuso, en el sentido de la devolución de aportes, gastos de administración y seguros previsionales, contraviene el artículo 7 del decreto 3995 de 2008, que regula de manera taxativa los rubros a trasladar, que

se resumen en los saldos de los aportes realizados a nombre del trabajador, destinados a la respectiva cuenta individual en el fondo de garantía de pensión mínima del RAIS, sin hacer mención alguna a gastos de administración y seguros previsionales.

La póliza previsional se contrata en beneficio de los afiliados siendo la AFP una intermediaria en este proceso, dichos recursos no ingresan al patrimonio de la administradora, por ende resulta improcedente solicitar la devolución de recursos que nunca estuvieron bajo su posesión.

La jurisprudencia de la CSJ ha establecido que la ineficacia no puede revertir actos y contratos con las aseguradoras. Obligar a la devolución de la prima de seguros previsionales es un atentado contra el deber de administración de la seguridad social.

Solicita se aplique de forma inmediata la sentencia SU 107 de 2024 de la Corte Constitucional.

Finalmente solicita no se condene en costas en ninguna de las instancias, revocar las condenas en contra de la AFP y absolver a la misma.

La apoderada de Skandia S.A. presentó recurso de alzada en contra de la sentencia de primera instancia, solicitando revocar la condena referente a la devolución de las sumas adicionales y entendiendo y extendiendo que se ordenó, por todo concepto, que se refiere a los porcentajes de gastos de administración.

En eso de ideas y atendiendo que las sumas adicionales solo tienen vigencia de operatividad en el evento en que se cumplan los requisitos contemplados para la causación y disfrute de las pensiones de invalidez y/o sobrevivientes, y siempre y cuando el capital y los rendimientos existentes en la cuenta de ahorro individual del afiliado no alcance para sufragar este tipo de pensiones. Debe observarse que en el presente caso no se está dirimiendo un conflicto para determinar una causación y disfrute de una pensión de invalidez y sobreviviente, por lo que no es dable concluir dentro de los conceptos que se deben trasladar a la AFP Colpensiones las referidas sumas adicionales de la aseguradora, en consecuencia, solicita se revoque dicha decisión.

Seguidamente, frente al porcentaje de gastos de administración que se encuentran contemplados en la ley 100 de 1993, precisamente en cumplimiento de esta ley fue que Skandia S.A. trasladó todos los recursos que por ley generó una gestión eficiente y coherente con los postulados de orden legal. La gestión por parte de la administradora no debe ser desconocida y más cuando se cumple la ley.

Parte de esos gastos de administración están para pagar y sufragar las primas de seguros previsionales que se pagan a un tercero y en consecuencia son rubros que no están en arcas de la entidad y solicita se revoque estos emolumentos. En caso de que se confirme la

sentencia solicita que se estudie la figura de la prescripción a la luz del traslado de estos rubros.

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de alzada en contra de la condena en costas, señalando que el despacho al momento de proferir la presente sentencia, no tuvo en cuenta que Colpensiones no tuvo injerencia alguna en la decisión libre y voluntaria que tomó la señora María Cristina López conforme al artículo 3 literal de la ley 100 del 93, ya que esta escogencia de régimen pensional fue ejerciendo su derecho de libre escogencia de régimen, conforme a los decretos 663 del 93, 656 del 94 y los artículos 271 es 272 de la ley 100 del 93, adicionalmente cómo se le preguntó a la señora María Cristina López si el ISS tuvo alguna injerencia en el negocio jurídico celebrado en septiembre del 94.

Conforme a lo anterior solicita revocar la condena proferida en lo referente a las costas, ya que, como se evidencia en el presente proceso el ISS, hoy Colpensiones no tuvo injerencia alguna en la afiliación entre la demandante y Colmena, dado que los recursos que administra la administradora colombiana de pensiones son en su totalidad para cubrir el pago de las pensiones de sus afiliados y sus demandantes, el pago de estas condenas en costas lo que ocasiona es un detrimento al patrimonio de sus afiliados, por lo cual solicita revocar la condena en costas.

En igual sentido, se estudiará el grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones.

Alegatos ante este Tribunal (Ley 2213 de 2022).

Admitido el recurso de apelación con auto del 17 de junio de 2024 por esta Corporación, se corrió el traslado a las partes para que presentaran los alegatos de conclusión.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado en el artículo 35 de la Ley 712 de 2001 esta Sala de Decisión emprende el estudio de los puntos de inconformidad planteados por la recurrente en el momento de interponer y sustentar el recurso ante el juez de primera instancia, como quiera que el fallo que se profiera tiene que estar en consonancia con tales materias, sin que le sea permitido al Tribunal abordar temas distintos de estos. Así mismo se estudiará en grado jurisdiccional de consulta en favor de Colpensiones de conformidad con lo establecido en el artículo 69 del C.P.T. y de la S.S., ello por cuanto la decisión adoptada en primer grado fue adversa a sus intereses.

Así las cosas, se tiene que los problemas jurídicos por resolver consiste en: i) Determinar si efectivamente existió una ineficacia en el momento del traslado de la accionante del régimen de prima media con prestación definida (RPMPD) al régimen de ahorro individual (RAIS), como consecuencia de la falta de información completa, veraz, oportuna, objetiva, comparada y transparente acerca de las características de los dos regímenes pensionales, para

así escoger la mejor opción para su caso particular; ii) Si se debe absolver a las demandas de la condena de devolución de gastos de administración y seguros previsionales; iii) Si la permanencia en el RAIS incide en la declaratoria de ineficacia de traslado; y iv) Si se debe condenar en costas a Colfondos S.A. y Colpensiones.

De la ineficacia del traslado

Para la resolución de este asunto, debe considerarse que las AFP tienen un deber legal de suministrar a sus potenciales afiliados información objetiva, comparada y transparente sobre las características, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes vigentes, así como de las consecuencias jurídicas del traslado. Este deber existía desde la creación del sistema de seguridad social integral, como de ello da cuenta el artículo 97, numeral 1 del Decreto 663 de 1993, en armonía con el artículo 13, literal b) de la Ley 100 de 1993 (CSJ: SL 1452-2019, SL 1688-2019, SL 1689-2019, SL 4426-2019, SL 3464-2019, SL 4360- 2019, SL 2611-2020, SL 4806-2020 y SL 373-2021).

En el referido artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero se recalcó la importancia del deber de información de las entidades vigiladas por la Superintendencia Bancaria hoy Superfinanciera, incluyendo naturalmente a las Administradoras de Fondo de Pensiones, al contemplar textualmente que *"Las entidades vigiladas deben suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado"*.

Así mismo el artículo 12 del Decreto 720 de 1994 consagra las obligaciones de los promotores en los siguientes términos: *"Los promotores que empleen las sociedades administradoras del sistema general de pensiones deberán suministrar suficiente, amplia y oportuna información a los posibles afiliados al momento de la promoción de la afiliación, durante toda la vinculación y con ocasión de las prestaciones a las cuales tenga derecho el afiliado"*.

De igual manera, debe considerarse que la suscripción de un formulario por parte del afiliado, que pueda o no, contener afirmaciones en el sentido de indicar que la afiliación se realiza de forma libre y voluntaria, no liberan a las AFP de su obligación de brindar información completa, objetiva y comparada de los distintos regímenes pensionales y las consecuencias asociadas al traslado entre ellos. A lo sumo, estas expresiones acreditan un consentimiento sin vicios, pero no uno debidamente informado (SL 4964 de 2018, SL 4964 de 2018, SL 1421 de 2019, SL 2877 de 2020 y SL 3193 de 2023).

De suerte que, para la Sala, no cabe duda en cuanto a la existencia de un compendio normativo que obligaba a las administradoras de pensiones a informar en el momento del traslado, en forma, clara, completa, objetiva, veraz y transparente acerca de las características

de ambos regímenes. Sobre este punto en particular, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, específicamente en la sentencia SL 1688 de 2019 con radicado No.68838, precisó desde cuándo se encontraba en cabeza de esas administradoras de pensiones, esa obligación probatoria en los siguientes términos:

“Desde este punto de vista, para la Corte es claro que, desde su fundación, las administradoras ya se encontraban obligadas a brindar información objetiva, comparada y transparente a los usuarios sobre las características de los dos regímenes pensionales, pues solo así era posible adquirir «un juicio claro y objetivo» de «las mejores opciones del mercado»”.

Descendiendo al caso bajo estudio, será necesario remitirse a las pruebas obrantes en el expediente, pues se trata de una cuestión eminentemente fáctica y jurídica. Encontrando que se aportó al expediente el formulario de afiliación a Colmena, hoy Protección S.A, del 28 de septiembre de 1994, como se indicó anteriormente, en el que se registró la firma de un asesor comercial o ejecutivo de cuenta, sin que se encuentre acreditado que ese asesor brindó la información completa e informada sobre el traslado a la trabajadora, pues ninguna prueba se aportó en tal sentido. Con lo cual no existe prueba en el expediente que demuestre, más allá de toda duda razonable que al menos en esta oportunidad la afiliada hubiera recibido la información adecuada, suficiente, cierta, transparente, clara y comparativa, que le permitiera decidir libremente el régimen al que quería estar afiliada.

Por otro lado, también se debe tener presente que la doctrina del precedente vertical en la sentencia del 09 de septiembre del año 2008, radicado 31989, ya había definido que la suscripción libre y voluntaria de ese formulario no era suficiente para dar cumplimiento a ese deber de información. Posición que fuera repetida también en forma pacífica por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la Sentencia del 03 de abril de 2019 en los siguientes términos:

“La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado”.

Incluso en providencias más próximas a la fecha, se ha mantenido inmutable la postura de la Sala, ejemplo de esto lo encontramos en la Sentencia SL 397 del 1 de marzo de 2023 en la que se afirmó:

“En cuanto a la suscripción de uno o varios formularios de afiliación (f.º59), se encuentra adoctrinado que son insuficientes para demostrar que la decisión de

traslado estuvo precedida por una ilustración acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes. Tampoco es admisible sostener que la simple rúbrica impuesta en el formulario, en señal de asentimiento, pueda suplir la información que deben brindar las administradoras (entre otros fallos se cita CSJ SL SL1688-2019)”.

En otro giro, frente al interrogatorio de parte rendido por la demandante en la audiencia celebrada el 30 de abril de 2024, visible en el archivo 42 del expediente virtual, la Sala avizora que esta no se puede tener como confesión en favor de las demandadas. En dicho medio probatorio únicamente declara no haber recibido información clara y comparada sobre ambos regímenes pensionales, mencionando que se trasladó ya que los asesores de Colmena le indicaron que el ISS se iba a acabar. Es por ello que, del análisis del interrogatorio de parte de la demandante, no se acredita ninguno de los elementos para considerar que se llenaron los requisitos del artículo 191 numeral segundo para ser considerado como medio de prueba de confesión.

En igual sentido, resulta esencial y de gran relevancia mencionar el precedente jurisprudencial establecido por la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024. Frente al cual la Sala, decide adoptarlo en adelante. Por lo cual, se ha de recordar que en esta decisión, el máximo tribunal constitucional delineó una serie de reglas para el análisis probatorio relacionado con los casos de ineficacia del traslado de los afiliados que cambiaron de régimen pensional al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad entre los años 1993 y 2009. Sobre este aspecto, se dispuso que tales procesos deben regirse exclusivamente por las normas contenidas en la Constitución Política, el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y el Código General del Proceso, con el objetivo de garantizar el debido proceso. Estas directrices comprenden varias pautas esenciales:

Primero, el juez debe evaluar si el afiliado comprendía las consecuencias de su traslado al (RAIS), conforme a lo dispuesto en los artículos 13 de la Ley 100 de 1993 y 97 del Decreto 663 de 1993. Esto incluye verificar si los asesores de las Administradoras de Fondos de Pensiones (AFP) informaron adecuadamente sobre los riesgos asociados, las posibilidades de realizar cotizaciones adicionales, las consecuencias de no reunir el capital mínimo requerido para la pensión, la garantía de la pensión mínima y la devolución de saldos.

Asimismo, el juez debe permitir y considerar todas las pruebas necesarias, pertinentes y conducentes, ya sean solicitadas por las partes o requeridas de oficio, conforme al artículo 161 del CGP. Estas pruebas pueden comprender declaraciones, confesiones, testimonios, peritajes, inspecciones judiciales, documentos e indicios.

Además, las pruebas documentales deben ser evaluadas en conjunto con las demás pruebas del expediente. Por ejemplo, los formularios de afiliación, que suelen contener declaraciones

sobre la decisión libre y espontánea del traslado, no son suficientes por sí solos para absolver a las demandadas.

En ausencia de pruebas directas, el juez puede recurrir a interrogatorios para esclarecer las circunstancias en que se prestó, o no, la información relevante. Los testimonios de personas que recibieron asesoría conjunta pueden ser fundamentales para determinar la veracidad de los hechos alegados.

Las pruebas indiciarias también deben ser analizadas en conjunto con otros elementos probatorios, de acuerdo con los artículos 176 y 242 del CGP.

Aunque la inversión de la carga de la prueba no debe ser una regla obligatoria, el juez puede, de manera excepcional, invertir la carga de la prueba en casos donde el demandante se encuentre en la imposibilidad de probar los hechos que sustentan sus pretensiones. Esta medida se fundamenta en el artículo 167 del CGP y en la necesidad de proteger al afiliado de una imposición desproporcionada de cargas probatorias que vulneren su derecho al debido proceso y acceso a la justicia.

Con todo lo anterior, la Sala advierte que en el expediente no existe un solo elemento de convicción distinto al formato de vinculación que demuestre que la AFP Colmena, hoy Protección S.A. dio información transparente y completa a la afiliada sobre las características de ambos regímenes pensionales y las implicaciones inherentes de pertenecer a uno u otro al momento en que la demandante suscribió el formulario de afiliación. Lo que conduce a esta Sala a confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado que efectuó la demandante el 28 de septiembre de 1994, como lo determinó el *a quo*.

Gastos de administración

Ahora bien, como lo indicó el *a quo*, esta Sala debe indicar que la jurisprudencia emitida por parte de la CSJ, al referirse a los efectos de la ineficacia, como la sentencia SL 1535 del 10 de mayo de 2022 señaló que *“es pertinente recordar que se contraen a la devolución de todos los dineros que el fondo hubiera recibido, entre otros, por concepto de las cotizaciones y los bonos pensionales —si fuere el caso—, además de los rendimientos financieros que se hubieren causado, y las cuotas de administración, pues no puede trasladarse una suma inferior a la realmente ahorrada. Lo anterior, bajo la ficción jurídica de que el actor nunca se movió al RAIS o, lo que es igual, que siempre estuvo afiliado al RPMPD administrado por Colpensiones.”*

Sin embargo, tampoco se puede pasar por alto lo que sobre este tema ha indicado la Corte Constitucional en la sentencia SU-107 de 2024, que es de obligatorio cumplimiento para los operadores judiciales, que en cuanto al principio de sostenibilidad financiera, indicó en los casos en que se declare la ineficacia del traslado de régimen pensional, sólo es posible

ordenar el traslado de los recursos disponibles en la cuenta de ahorro individual. Señaló además que no es factible ordenar el traslado de los valores pagados por concepto de primas de seguros, gastos de administración y porcentaje del Fondo de Garantía de Pensión Mínima, ni tampoco que dichos valores fueran reconocidos de forma indexada. La Corte Constitucional, en los acápites de consideraciones de su decisión, expuso lo siguiente:

En primer lugar, en relación con las modalidades de devolución, la Corte aclaró que, materialmente, a pesar de que se declare la ineficacia del traslado, no es posible retrotraer al afiliado al día previo al traslado. Solamente es susceptible de traslado el ahorro de la cuenta individual, los rendimientos y, si se ha pagado, el valor de un bono pensional. Esto se debe a que no toda la cotización es apta para ser trasladada, ya que el aporte se desglosa en primas de seguros, gastos de administración y el porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima. Además, no sería posible devolver los aportes voluntarios realizados por el afiliado mientras estuvo en el RAIS, ya que estos implicaron beneficios tributarios para la declaración de renta, la compra de acciones u otro tipo de inversiones, constituyendo situaciones que se consolidaron en el tiempo.

En segundo lugar, respecto a las primas de seguros y el riesgo que estas amparan, la Corte recordó que, mes a mes, se paga el respectivo seguro para cubrir el riesgo de invalidez o muerte. En la Sentencia SU-313 de 2020, se explicó que de la cotización obligatoria del 16%, la Administradora de Fondos Pensionales debe destinar un 11,5% a la cuenta individual del afiliado, un 1,5% al Fondo de Garantía de Pensión Mínima y un 3% al financiamiento de los gastos de administración, la prima de reaseguros de Fogafín y las primas de los seguros de invalidez y sobrevivientes. El seguro previsional que contratan las administradoras del RAIS debe ser colectivo y pagarse obligatoriamente, garantizando así la cobertura adecuada en caso de invalidez o muerte.

En cuanto a los gastos de administración, aunque no se tiene un pronunciamiento expreso en pensiones, la Corte ha sostenido que es legítimo desde el punto de vista constitucional que los particulares que participan en el sistema de salud sean recompensados por los gastos de administración en los que incurren, siempre y cuando no se afecte el derecho fundamental de los usuarios a un servicio de calidad, oportuno y eficiente. Esta misma lógica se aplica a los gastos de administración en pensiones, los cuales tienen un impacto incluso en la determinación del fondo al que pertenece un afiliado. En la Sentencia T-266 de 2023, la Corte protegió los derechos de una afiliada a la que se le negó el traslado por no estar en el aplicativo de traslados, operando en este caso la figura de la afiliación tácita.

Por otro lado, en la Sentencia C-687 de 2017, la Corte analizó una demanda de inconstitucionalidad que cuestionaba la contribución al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, alegando que dicha financiación no era retribuida al afiliado y constituía un enriquecimiento sin causa. Aunque la Corte se declaró inhibida, destacó que la cotización en el RAIS no sólo nutre la cuenta de ahorro individual, sino también un componente de

solidaridad, siendo así reconocidas numerosas pensiones de vejez bajo la Garantía de Pensión Mínima.

Por los anteriores argumentos, se adoptará esta nueva postura por parte de esta Sala, entendiendo que, con la declaración de ineficacia, la AFP deberá devolver al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, administrado por Colpensiones, los ahorros de la cuenta individual del afiliado, los rendimientos financieros y el bono pensional, dejando atrás cualquier criterio anterior.

En este contexto, y considerando la postura de la Corte Constitucional, dado que Colfondos S.A. y Skandia S.A. apeló lo relacionado con las primas de seguros previsionales y los gastos de administración, se revoca parcialmente el numeral **segundo** de la sentencia de primera instancia. Esto se hará con el propósito de exonerar a la entidad de dichos conceptos, condenando únicamente a la devolución de los ahorros de la cuenta individual del afiliado, los rendimientos financieros y el bono pensional si fue pagado, con destino al Régimen de Prima Media con Prestación Definida.

Permanencia en el RAIS

Ahora bien, en cuanto al tiempo de permanencia en el RAIS, por parte de la actora, lo cierto es que ni el tiempo de permanencia en el RAIS ni los traslados realizados entre fondos; ni el hecho de no haberse trasladado el afiliado al régimen de prima media con prestación definida dentro del término legal, convalida la actuación irregular que genera la ineficacia, por ser hechos ocurridos con posterioridad a la fecha de traslado de régimen pensional, ya que el que presentó la irregularidad que genera la ineficacia, tal como lo tiene adoctrinado la sala laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en la sentencia adiada el 02 de marzo de 2022 bajo radicado SL1055-2022, MP IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ, mediante la cual se aclaró:

“Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. (...)”

Pues bien, como se explicó en las sentencias CSJ SL5686-2021 y SL5688-2021, los argumentos de esta índole son inadmisibles pues desatienden que el eje central de estas discusiones está en determinar si al momento del traslado de prima media al RAIS la persona contó con información suficiente para tomar esa decisión. En este sentido, los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados o no retornó a prima media en las oportunidades legales previstas, no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan

intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

De modo que no es dable siquiera sugerir que los posteriores traslados entre administradoras pueden configurar un acto de relacionamiento capaz de ratificar la voluntad de permanencia en ellas, como se infiere de las decisiones de la Sala de Descongestión de esta Corte CSJ SL249-2022 y SL259-2022. Nótese que, conforme la perspectiva explicada, esa voluntad de permanencia en el RAIS es inane dado que no desvirtúa el incumplimiento del deber de información y además ubica la discusión en actuaciones que estarían respaldadas en un acto jurídico ineficaz, esto es, el del traslado inicial.”

Por otra parte, la Sala de Descongestión No.3 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia recientemente reiteró:

“Ahora, en este punto la Corte no pasa inadvertido que el Tribunal concluyó que el traslado fue voluntario pues la actora se afilió a otras administradoras del mismo régimen pensional, lo cual respalda Colpensiones bajo la teoría de los actos de relacionamiento que pueden denotar el compromiso serio de pertenecer en el RAIS y, a su vez, la recurrente critica al indicar que el estudio de la acción de ineficacia debe centrarse simplemente en el cumplimiento del deber de información en el traslado inicial, sin que la afiliación misma suponga que ello se acató.

Pues bien, la postura del Tribunal es contraria a la que ha adocinado la Corte en su jurisprudencia, que sobre este punto tiene un carácter consolidado y reiterado (CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021 y CSJ SL1949-2021). En estas providencias se ha señalado claramente que una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto no se convalida por los tránsitos que los afiliados hagan entre administradoras privadas de este esquema. (CSJ SL5686-2021 y CSJ SL5688-2021)

Para finalizar, en nada modifica la situación el número de años de permanencia de la actora en el RAIS y menos implica que el traslado se haya formalizado con su consentimiento informado.”

Costas procesales

Finalmente, en cuanto a la condena en costas, que pide Colfondos S.A. y Colpensiones sea revocada, como quiera que, las costas se imponen a las partes vencidas en el proceso, al tenor de lo dispuesto en el artículo 365 del CGP, es por lo que evidencia la Sala, que, tal condena es acertada, pues, las costas procesales responden a un criterio objetivo tanto para su imposición como para su determinación, por serlos gastos que se deben sufragar en el

proceso, cuyo pago corresponde a quien sale vencido en el juicio, siendo entonces, la carga económica que debe afrontar quien no tenía la razón, y contra quien se profirió una decisión desfavorable, comprendiendo, a más de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, o sea el pago de los honorarios de abogado que la parte gananciosa efectuó, y a la que le deben ser reintegradas.

Al tema oportuno resulta rememorar lo dicho por la CSJ, SCL en sentencia del 24 de febrero de 2021 SL1309, Radicación No. 68091, en la que, en un caso de características similares a las aquí debatidas, sobre la nulidad del traslado de régimen, puntualizó:

“Por último, en lo que si le asiste razón a la parte demandante, es en cuanto a la no imposición de costas por parte del juzgado, puesto que las mismas tienen lugar frente a la parte vencida en el litigio, que en este caso los fueron las demandadas, quienes hicieron oposición a las reclamaciones del actor (art. 365 del CGP), sin que se observen causales para eximirlos de dicho rubro.”

Es claro entonces que se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, quien, además se opuso a la prosperidad de las pretensiones e incluso propuso la totalidad de las excepciones como medio de defensa, por lo que, se confirmará igualmente esta decisión.

En los anteriores términos quedan resueltos el grado jurisdiccional de consulta y los recursos de apelación presentado por las demandadas.

COSTAS

Sin costas o agencias en derecho en esta instancia.

DECISIÓN

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE el numeral segundo de la sentencia proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó a la AFP SKANDIA S.A, y COLFONDOS S.A, a trasladar a COLPENSIONES todos los recursos de la cuenta de ahorro individual de la demandante, incluyendo los conceptos por capital, réditos, sumas adicionales de la aseguradora, gastos de administración, bonos pensionales si los hubiere, porción destinada al fondo de garantía de pensión mínima, y en general todos los conceptos que integraron las cotizaciones realizadas en favor del demandante en el régimen de ahorro

individual con solidaridad. Y en su lugar CONDENAR a la AFP SKANDIA S.A. y COLFONDOS S.A. a trasladar a COLPENSIONES los aportes y rendimientos financieros que reposan en la cuenta de ahorros de la demandante y el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, de conformidad con las consideraciones expuestas en la parte motiva de la presente decisión.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: Sin costas ni agencias en derecho en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



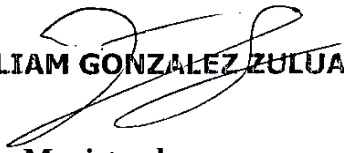
RODRIGO AVALOS OSPINA

Magistrado

Salvamento parcial de voto

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Magistrado



JOSÉ WILLIAM GONZALEZ ZULUAGA

Magistrado

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA SEGUNDA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADO

RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA

Proceso: Ordinario Laboral.

Demandante: María Cristina López Acevedo

Demandados: Colpensiones, Colfondos S.A., Protección S.A., y
Skandia S.A.

Radicado: 110013105016-2020-00295-02

Señores partes en el proceso, distinguidos compañeros de Sala de Decisión, comunidad jurídica en general:

Con el acostumbrado respeto por las decisiones adoptadas por esta Corporación, tratando de exponer sencilla y sintéticamente los motivos de mi salvamento parcial de voto, a continuación, resumo los argumentos por los cuales no comparto la razón de decidir acogida en la providencia mayoritariamente aprobada en lo que concierne a la no devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y prima de seguros previsionales debidamente indexadas:

De conformidad con lo decantado por la Honorable Corte Constitucional en Sentencia SU 107 de 2024, es criterio mayoritario de esta Sala de decisión decretar la improcedencia de la devolución de los aportes al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, cuotas de administración y primas de seguros

previsionales debidamente indexadas, en el entendido que, al configurarse la disposición de los aludidos emolumentos situaciones jurídicas consolidadas, se encuentra vedado su devolución por el solo hecho de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen pensional.

Sin embargo, considera quien ahora escribe que el enunciado raciocinio desconoce los efectos jurídicos de las acciones judiciales de “*ineficacia*” habida cuenta que, en su sentido estricto, la referida institución normativa propugna por retrotraer la situación jurídica a aquel estado más probable en que se hallaría si el acto o negocio declarado ineficaz no hubiera existido; es decir, su declaratoria produce efectos *ex tunc -desde siempre-*, y no *ex nunc -desde ahora-*.

Colofón de lo anterior, por constituir el criterio mayoritario, ese sí, una afrenta al principio constitucional de sostenibilidad financiera, puesto que, al denegar la devolución indexada de los referenciados emolumentos, restringe la fuente de financiación del Régimen de Prima Media con Prestación Definida para el futuro reconocimiento prestacional en provecho del afiliado, supuesto que conlleva a la materialización del déficit presupuestal aducido por Colpensiones, manifiesto que salvo parcialmente mi voto, toda vez que, con la postura mayoritaria, se estaría apoyando una decisión que considero injusta para con el Sistema General de la Seguridad Social en Pensiones.

Fecha ut supra.


RAFAEL ALBEIRO CHAVARRO POVEDA
Magistrado

