



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA LABORAL**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-22-05-000 2021 01174 01. Proceso Sumario del Centro de Bienestar del Anciano contra Medimás EPS S.A y Otros (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D.C, la Magistrada Ponente en asocio de los Magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, procede a proferir de plano la siguiente,

SENTENCIA:

El CENTRO DE BIENESTAR DEL ANCIANO convocó a CAFESALUD EPS / MEDIMAS EPS para obtener el reconocimiento y pago de la licencia de maternidad otorgada a favor de la señora Alba Rocío Calderón Carranza, que fue concedida por el término comprendido entre el 30 de junio de 2017 y el 2 de noviembre de 2017. Pretensión que tienen sustento en los siguientes,

HECHOS:

En lo que interesa al asunto adujo que la señora Alba Rocío Calderón Carranza se encuentra afiliada al régimen contributivo en salud a la EPS Saludcoop, trasladándose por la liquidación de forma posterior a Cafesalud EPS y a Medimás EPS, que la señora Calderón Carranza labora como auxiliar de enfermería en el centro de Bienestar al Anciano en el municipio de Guayatá; que se emitió certificado de licencia de maternidad en favor de la trabajadora



el 12 de julio de 2017, la que fue otorgada por el período comprendido entre el 30 de junio de 2017 y el 2 de noviembre de 2017; que intentó solicitar el cobro de la licencia ante Cafesalud EPS en la sede de Guateque (Boyacá), sin embargo, le mencionaron que dicha sucursal no estaba autorizada para recibir el trámite de licencias e incapacidades, dado el estado de liquidación de la entidad, por lo que se debería esperar la autorización de Medimás EPS, por lo que transcurrido 15 días, se cercaron a Medimás EPS, quien les mencionó que dicho reconocimiento se realizaba mes vencido, no obstante, de forma posterior, se indicó por dicha EPS que no pagarían la licencia de maternidad, trámite que le correspondía a Cafesalud, pues solo podía conceder las licencias a los niños nacidos a partir del 1° de agosto de 2017, sin embargo, los números de teléfono de ambas EPS son el mismo; finalmente, refirió que no se ha podido radicar la licencia de maternidad, ya que ninguna de las EPS recibe la documentación.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La petición fue admitida por la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación mediante auto del 6 de marzo de 2018. Corrido el traslado en virtud de lo previsto en el artículo 126 de la Ley 1438 de 2011.

La accionada CAFESALUD EPS manifestó que en efecto se elevó la solicitud de reconocimiento y pago de la licencia de maternidad, la que se encuentra reconocida y liquidada por la entidad, no obstante, no se ha procedido con el pago de la misma, teniendo en cuenta que la cuenta maestra del Banco de Bogotá se encuentra embargada por orden judicial. Aunado a lo anterior, señaló que la liquidación realizó la liquidación de la licencia de maternidad por la suma de \$3.381.966, suma que sería cancelada una vez se proceda con el levantamiento de la medida cautelar.



Por su parte Medimás EPS SAS, adujo que no se deben conceder las súplicas de la reclamación en contra de dicha convocada, como quiera que no es procedente ordenar el reconocimiento y pago de obligaciones originadas con anterioridad al inicio de operaciones de Medimás, por lo que la obligación está a cargo de Cafesalud EPS, por lo que coadyuvó la solicitud de pago respecto de dicha Entidad Promotora de Salud.

La *aquo* profirió sentencia el 17 de septiembre de 2020, en la que ordenó a Cafesalud EPS y a Medimás EPS realizar el pago de \$858.926 y de \$2.523.095 respectivamente, junto con las actualizaciones monetarias respectivas; conclusión a la que arribó al considerar que dicha persona jurídica reconoció y liquidó la licencia de maternidad; ahora bien, frente a la falta de pago con ocasión del embargo decretado en su cuenta maestra del Banco de Bogotá, advierte que si bien tal situación es cierta, también lo es, que la entidad debe velar por el cumplimiento de las prestaciones a su cargo, más aún, cuando los recursos con los que se cubre la licencia de maternidad son administrados por la ADRES y no por la EPS, y su pago surge a partir del momento en que se genera el derecho, que no es otro que a partir del nacimiento o parto. Ahora bien, frente al pago de dicha prestación, estableció que como la afiliada estuvo vinculada a las dos EPS, era procedente el pago de la licencia de maternidad, correspondiendo a Cafesalud el pago de 32 días y a Medimás el pago de 94 días.

Inconforme con la anterior decisión, las accionadas Cafesalud en Liquidación y Medimás EPS a través de sus apoderados interpusieron recursos de apelación, los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

El apoderado de la encartada Cafesalud EPS en Liquidación solicitó se ordene al demandante hacerse parte dentro del proceso liquidatorio radicando la acreencia



de acuerdo con las reglas establecidas en los Decretos 663 de 1993 y 2555 de 2010. Indicó que, de conforme con la contestación brindada en su oportunidad legal, la licencia de maternidad se encuentra debidamente reconocida y liquidada, advirtiéndole que se encuentra pendiente de pago, pero para ello debe hacerse parte en la liquidación; añadió en tal sentido que mediante la Resolución No. 007122 del 22 de julio de 2019 se ordenó la liquidación de la accionada y que en tanto el proceso liquidatorio es un procedimiento reglado, especial y preferente, en el que debe prevalecer el principio de igualdad entre los acreedores, debe ordenarse a la demandante hacerse parte en el mismo.

Por su parte, Medimás EPS luego de realizar un recuento de la demanda y el trámite procesal adelantado en la vía jurisdiccional, solicitó se revoque la decisión que ordenó el pago de \$2.523.095 y en su lugar, se tenga en cuenta el cumplimiento por parte de la Entidad Promotora de Salud, en el sentido que la petición se resolvió conforme las normas del Sistema General de Seguridad Social en Salud. Lo anterior, por cuanto si bien conforme con la medida cautelar decretada por el Tribunal Administrativo de Cundinamarca dicha accionada debe proceder con el reconocimiento y pago de las licencias reconocidas y aprobadas por Cafesalud, también lo es, conforme con la Circular No. 011 de 1995, quien debe proceder con dicho pago es la EPS en la que se compensaron los períodos de cotización, que para este caso sería Cafesalud, por lo que la condena impuesta no cuenta con fundamento legal, por lo que se genera un detrimento a Medimás frente a la administración de los recursos en salud.

Aunado a lo anterior, señaló que la EPS actúa como intermediaria de los recursos financieros del SGSS, conforme con el artículo 48 de la Constitución Política, que establece como prohibición de utilizar los recursos en salud para fines diferentes, son aportes parafiscales, que tienen como única destinación los servicios contemplados en el Plan de beneficios en Salud, fundamentos por los cuales se debe revocar la decisión emitida por la Superintendencia Nacional de Salud.



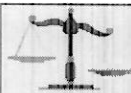
CONSIDERACIONES DE ESTA SEGUNDA INSTANCIA

Al tenor de lo dispuesto en el artículo 22 numeral 1 literal b del Decreto 1018 de 2007, por medio del cual se le conceden funciones a la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de conciliación para fallar con carácter definitivo con las facultades propias de un juez, así como que el recurso de apelación se hará ante el Superior jerárquico de la autoridad judicial que tuvo originalmente la competencia para tramitar el asunto objeto de debate, esta Corporación en razón de este presupuesto legal, abordará el estudio de la alzada.

Ahora bien; de acuerdo con los argumentos expuestos en el recurso de apelación, en virtud de lo establecido en el artículo 66A del C.P.T y S.S., el análisis de la Sala se circunscribe al estudio de las inconformidades planteadas en los escritos de interposición de los recursos, atendiendo las razones de disenso expuestas en la sustentación por las recurrentes, ya que todo aquello cuya revocatoria no se impetra con las debidas motivaciones ha sido aceptado por la apelante.

En esas condiciones, corresponde tener en cuenta que, al no haber sido objeto de inconformidad por la recurrente, permanecen incólumes las conclusiones a las que arribó el servidor judicial de primer grado relativas al derecho en cabeza del accionante al reconocimiento y pago de la licencia de maternidad y que arroja la suma de \$858.926 y de \$2.523.095 en cabeza de Cafesalud EPS en liquidación y de Medimás EPS, respectivamente.

De entrada corresponde señalar que pretende la recurrente Cafesalud EPS en Liquidación que a través del trámite de la alzada se ordene al accionante que para el pago de la referida licencia de maternidad a que tiene derecho, se le ordene acudir al trámite de liquidación de la entidad.



Al respecto, considera la Sala oportuno recordar que el objeto de la liquidación obligatoria es la satisfacción de los diversos créditos con un criterio de igualdad, en el sentido de que todos los titulares de un derecho puedan ser satisfechos con los bienes del deudor y a su vez, si es del caso, asumir ciertas pérdidas en razón de la crisis que afectó al empresario.

Pese a lo anterior, corresponde precisar que el presente trámite, es de naturaleza declarativa y como tal, en modo alguno se privilegia el derecho de la accionante respecto de los demás acreedores; tan es así que en el numeral 1° del artículo 9.1.1.1. del Decreto 2555 de 2010, expresamente estableció únicamente la prohibición de adelantar procesos de ejecución coactiva y naturaleza ejecutiva, juicios en los que sí es posible advertir tal desequilibrio.

Bajo tal perspectiva, en cuanto la condena impuesta en contra de la EPS Cafesalud S.A. en liquidación, al reconocimiento parcial de la licencia de maternidad, en modo alguno transgrede o afecta el trámite de su liquidación, y debido a que la forma en que el accionante haga efectiva tal determinación, no solo escapa al trámite del presente proceso, sino que se encuentra expresamente regulado en la Ley, se confirmará la decisión frente a dicho ítem.

Ahora bien, frente al argumento que expone Medimás EPS, referente a que no existe obligación del pago de la licencia de maternidad establecida por la falladora de primer grado, es necesario precisar, que el artículo 2.1.7.4 del Decreto 780 de 2016, establece:

“Artículo 2.1.7.4 Efectividad del traslado. El traslado entre EPS producirá efectos a partir del primer día calendario del mes siguiente a la fecha del registro de la solicitud de traslado en el Sistema de Afiliación Transaccional, cuando éste se realice dentro de los cinco (5) primeros días del mes, momento a partir del cual la EPS a la cual se traslada el afiliado cotizante o el cabeza de familia y su núcleo familiar deberá garantizar la prestación de los servicios de salud del plan de beneficios. Cuando el registro de la solicitud de traslado se realice con posterioridad a los cinco (5)



primeros días del mes, el mismo se hará efectivo a partir del primer día calendario del mes subsiguiente a la fecha del citado registro.

La Entidad Promotora de Salud de la cual se retira el afiliado cotizante o el cabeza de familia tendrá a su cargo la prestación de los servicios y el reconocimiento de prestaciones económicas, según el caso, tanto del cotizante o del cabeza de familia como de su núcleo familiar, hasta el día anterior a aquél en que surjan las obligaciones para la nueva entidad.

Si previo a que surta la efectividad del traslado, se presenta una internación en una IPS, la efectividad del traslado se suspenderá hasta el primer día calendario del mes siguiente a aquel en que debía hacerse efectivo, en cuyo caso la EPS de la cual se traslada deberá dar aviso a través del Sistema de Afiliación Transaccional de dicha novedad a más tardar el último día del mes.

En todo caso, los trabajadores dependientes tendrán la obligación de informar a su empleador la novedad de traslado, y los empleadores la obligación de consultar en el Sistema de Afiliación Transaccional la EPS en la cual se encuentra inscrito el trabajador una vez se tramite el traslado.”. (Subrayas fuera del texto).

Atendiendo la norma anterior, se evidencia que en el caso del retiro del afiliado de una EPS, la responsabilidad en la prestación de los servicios de salud, así como el reconocimiento de las prestaciones económicas se da respecto de una, hasta el último día de la afiliación y respecto de la otras, a partir del día en que surja la afiliación.

En ese orden de ideas, tal como lo señaló la falladora de primer grado, como el traslado de la señora Alba Rocío Calderón Carranza se originó a partir del 1° de agosto de 2017, las prestaciones económicas debían correr a cargo de las dos EPS, siendo que Cafesalud debe responder por la misma hasta el 31 de julio de 2017 y por su parte Medimás que fue la Empresa Promotora de Salud a la que se afilió dicha trabajadora, debe realizar el pago de las prestaciones económicas comprendidas entre el 1° de agosto de 2017 y el 2 de noviembre



de 2017, sin que sea necesario realizar el cálculo de la licencia de maternidad, ya que tal suma fue fijada por la falladora de primer grado, decisión contra la que no se efectuó manifestación alguna o la interposición expresa del recurso de apelación, advirtiendo en esta oportunidad, que si bien se señaló por Medimás que ellas realizaban el pago de las incapacidades y licencias conforme con la Circular No. 11 de 1995, también lo es, que el Decreto 780 de 2016 tiene mayor fuerza normativa, así como, por cuanto fue expedido con posterioridad a dicha Circular y por ende se debía dar aplicación al mismo, fundamentos por los que se confirmará en su integridad la decisión adoptada.

Hasta aquí el análisis de la Sala. Costas en esta instancia a cargo de las recurrentes.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la decisión de primera instancia, de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión. Costas en la alzada a cargo de las recurrentes, para su tasación inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$200.000,00, para cada una de ellas. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada



Ref.: Radicación N° 11-001-22-05-000-2021-01174-01. Proceso Sumario del Centro de Bienestar del Anciano contra Medimás EPS S.A y Otros (Fallo de Segunda Instancia).

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001310500420180067901. Proceso Ordinario de Yamile Cifuentes González contra El Patio Constructor SAS y Otros. (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D. C., trece (13) de diciembre de dos mil veintidós (2022), la Magistrada Ponente previa deliberación con los Magistrados integrantes de Sala de Decisión, de acuerdo con lo previsto en el numeral primero del artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020, procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA:

YAMILE CIFUENTES GONZÁLEZ convocó a EL PATIO CONSTRUCTOR SAS y solidariamente a CARLOS BLANCO GONZÁLEZ, YAMILE BLANCO GONZÁLEZ, NÉSTOR HERNANDO MELO GARCÍA, DIANA PATRICIA ROMERO LARA y LUCAS MELO BLANCO representado legalmente por AMILE BLANCO GONZÁLEZ, para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario, previa declaración de existencia de contrato de trabajo: salarios, cesantías e intereses, prima de servicios, vacaciones, indemnización moratoria y costas procesales.

Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,



HECHOS:

Laboró para la sociedad demandada desde el 1 de marzo de 2017 hasta el 8 de mayo de 2018, desempeñando el cargo de Coordinadora de Gestión Humana atendiendo las instrucciones del empleador, sin haber recibido queja o llamado de atención, en jornada de lunes a viernes de 7:30 am a 6:00 pm, con salario mensual de \$2'.000.000.

El 8 de mayo de 2018 el gerente y representante legal la citó al centro comercial Mazuren y acudiendo también Yamile Blanco González como socia de la empresa, solicitándole renuncia y que al iniciar nuevamente obras en junio o julio de 2018 volverían a contratarla, por lo que aceptó con el compromiso que le cancelarían acreencias laborales y como no lo hicieron, acudió al Ministerio del Trabajo sin llegarse a acuerdo y a la fecha no se han cancelado.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:

La demanda fue admitida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 1 de noviembre de 2018. Notificada en legal forma y corrido el traslado de ley, las demandadas procedieron a dar contestación, así:

Carlos Blanco González y Diana Patricia Romero Lara por intermedio de apoderada, oponiéndose a las pretensiones; respecto de los hechos sostuvieron que no les constan; propusieron las excepciones de mérito de inexistencia de relación laboral, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa y prescripción.

El Patio Constructor SAS, Néstor Humberto Melo García, Yamile Blanco González y Lucas Melo Blanco por intermedio de curador, quien se opuso a las pretensiones, respecto de los hechos sostuvo que no le constan; propuso las



excepciones meritorias de inexistencia de relación laboral, cobro de lo no debido, prescripción y la genérica.

Clausurado el debate probatorio, el juzgado profirió sentencia el 17 de noviembre de 2020, DECLARANDO la existencia de un contrato de trabajo respecto de El Patio Constructor S.A.S. y probada la excepción de inexistencia de relación laboral con los demandados Carlos Blanco González, Diana Patricia Romero Lara, Néstor Hernando Melo García, Yamile Blanco González y Lucas Melo Blanco; condenando a dicha sociedad a pagar salarios, cesantías e intereses, prima de servicios, vacaciones e indemnización moratoria; y absolvió a de las demás pretensiones a la persona jurídica y de la totalidad de las peticiones a los demandados Carlos Blanco González, Diana Patricia Romero Lara, Néstor Hernando Melo García, Yamile Blanco González y Lucas Melo Blanco. Impuso costas a cargo de El Patio Constructor SAS.

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandante interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Sostuvo la impugnante que, si bien la demanda es una sociedad por acciones simplificada, fue consecuencia de transformación de anónima, siendo la misma empresa con el mismo número de matrícula mercantil, demostrándose su ineficacia por no cumplir los requisitos legales, por esa razón, sus socios llamados a responder. Refiere igualmente que el salario devengado por la empleada no era el mínimo legal que fijó el juzgado, sino de \$2'000.000, como se establece del dicho del representante legal en interrogatorio quien no se opuso a esta suma.

CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:



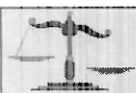
Refiriéndonos someramente a los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-procesal, como son demanda en forma, capacidad procesal, capacidad para ser parte y competencia del juez, no merecen reparo alguno en la litis, lo que amerita una sentencia de fondo; aunado a ello, no se avizora la estructuración de causal de nulidad que invalide lo actuado.

Lo primero que se debe tener en cuenta respecto de la responsabilidad que endilga la impugnante a las personas naturales convocadas, es que, contrario a lo estimado por el aquo, no se funda en condición o calidad de directos empleadores, como equivocadamente lo estimó, sino en su condición de socios de la persona jurídica accionada, como se expone desde el escrito genitor, aspecto sobre el cual omitió pronunciamiento bajo esa equivocada tesis.

En punto a lo anterior, si bien la normatividad positiva del trabajo para salvaguardar las obligaciones que emanan del contrato de trabajo, establece diferentes formas de responsabilidad solidaridad dado su carácter tuitivo, para el caso de las personas jurídicas y lo que interesa al asunto, los asociados están llamados a hacerlo cuando se trate de sociedades de personas, al tenor de lo normado en el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo.

En orden a esa previsión legal, la responsabilidad solidaria de los asociados, se predica única y exclusivamente cuando se trate de entes morales de personas, y no de entes societarios por capital o acciones, quienes por expresa previsión de la normativa comercial que regenta sus actividades, excluyó a sus asociados de acciones de terceros por obligaciones sociales.

Conforme lo anterior y amén del carácter tuitivo de las normas laborales, la responsabilidad solidaria que consagra la norma en cabeza de los socios, no puede desplazarse a otro tipo de modalidad societaria, menos aún, cuando



difieren ostensiblemente su naturaleza por el propósito jurídico que con esa forma de asociación se persigue, además, cuando de responsabilidad solidaria, como lo consignó el máximo juez del trabajo en Sentencia SL 6707 del 2016, *“la solidaridad, que fue la figura impetrada en el libelo introductorio y bajo la cual se concibe la existencia de varios responsables de la totalidad del crédito sin distinción alguna, solo puede aplicarse cuando el legislador expresamente la haya señalado o cuando las partes previamente la han acordado, modalidades que no ocurren en el caso bajo examen. (...) Así las cosas, no puede el operador judicial, so capa de abordar un aparente vacío u otra excusa, extender la responsabilidad pecuniaria fijada en una norma, ni desconocer las directrices legales en ella consagrada, para aplicarla a situaciones disímiles a las textualmente reguladas, por no ser ello, resorte de sus competencias.”*.

En ese horizonte es absolutamente claro, que no le asiste razón a la impugnante en la responsabilidad solidaria endilgada a las personas naturales convocadas por su condición de socios del ente moral que fungió como empleadora, pues se encuentra demostrado que desde el inicio y hasta poco antes de la ruptura del contrato de trabajo, la sociedad empleadora era de capital o acciones bajo la modalidad de anónima, y seguidamente se transformó en una sociedad por acciones simplificada, valga decir, una y otra sociedades de capital o acciones, naturalezas jurídicas que no enmarcan dentro de la regulación normativa a que hace mención el artículo 36 del Código Sustantivo del Trabajo, para que sus asociados respondan solidariamente.

En punto a la inconformidad de la impugnante respecto del monto salarial que se tuvo en cuenta para irrogar condenas, tampoco tiene vocación de prosperidad, considerando que se basa en apreciaciones subjetivas carentes de respaldo probatorio, pues a la causa no existe medio de convicción que respalde sus afirmaciones, y era carga procesal hacerlo conforme el ordenamiento adjetivo general.



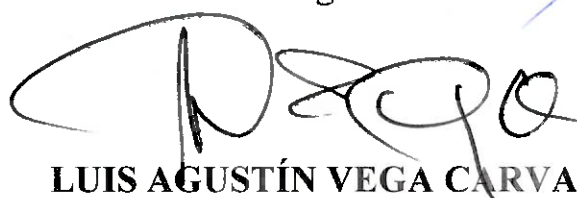
DECISIÓN:

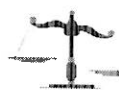
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia, en lo que fue objeto de inconformidad para la impugnante, pero por las razones expuestas en esta providencia. Costas de instancia a cargo de la activa, inclúyase la suma de \$500.000.00 por concepto de agencias en derecho.

Esta sentencia se notificará por Edicto.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-005-2019-00481-01. Proceso Ordinario de Patricia Villareal Rivera contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la apoderada de la demandada Colpensiones, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 5º Laboral del Circuito de Bogotá, el 10 de agosto de 2021; así como el grado jurisdiccional de Consulta en favor de la entidad pública demandada, respecto de aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó la actora mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad o ineficacia de su traslado al RAIS, declarando que la afiliación válida es la realizada con el ISS hoy Colpensiones, retrotrayendo la información y los aportes, como si no se hubiere realizado el traslado y las costas del proceso.



Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 27 de septiembre de 1962, por lo que cumplió los 47 años de edad el mismo día y mes de 2009 y los 57 años en el 2019; que se afilió al RPM a través del ISS el 18 de abril de 1979 y antes de su traslado, había cotizado un total de 745 semanas; que se afilió a la AFP Colmena hoy Protección S.A. en febrero de 1995, afiliándose durante su vida laboral a varias administradoras de pensiones y encontrándose al momento de radicar la demanda en Old Mutual; que ni en la afiliación inicial, ni en las vinculaciones posteriores recibió asesoría que le permitiera evaluar las condiciones pensionales, pues le fue informado que desaparecería el RPM, que habría inseguridad en el pago de las pensiones y que la prestación económica sería más ventajosa en el RAIS; que de acuerdo con la historia laboral, la actora ha cotizado 1206 semanas, las que computadas con las del RPM, ascienden a más de 1800 semanas cotizadas en la vida laboral; que conforme con la proyección efectuada por Old Mutual, la mesada pensional a la edad de 57 años ascendería a la suma de \$1.800.640, no obstante, en Colpensiones con una tasa de reemplazo del 76.15% del IBL calculado, sería por el monto de \$7.000.000; que se elevó solicitud de nulidad ante las administradoras privadas, quienes contestaron que existían formularios de afiliación suscritos por la demandante; que elevó solicitud de anulación ante Colpensiones el 19 de noviembre de 2018, la que fue negada.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la nulidad de la afiliación efectuada por la demandante a la AFP Colmena hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A. y ordenó a Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. a trasladar los aportes pensionales, rendimientos, frutos e intereses, y ordenó que Colpensiones recibiera los dineros, activara la afiliación en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y actualizar su historia laboral. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que las demandadas



administradoras privadas le suministraron la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos. Así mismo, absolvió a Colfondos S.A. y a Porvenir S.A. de las pretensiones elevadas en su contra, por cuanto tales administradoras privadas al momento de efectuarse los traslados horizontales, trasladaron la totalidad del aporte realizado por la demandante.

Inconforme con la anterior decisión, la apoderada de la demandada Colpensiones interpuso recurso de apelación, solicitando revocar la decisión de primer grado y en su lugar se absuelva de los pedimentos elevados en su contra. Lo anterior, por cuanto no es dable la nulidad de traslado de régimen pensional, pues se hizo de forma libre y voluntaria al afiliarse a Colmena, ello conforme con el formulario de afiliación y el interrogatorio de parte, en el que manifestó que su afiliación fue libre y voluntaria, sin vicio en el consentimiento, que indique que la demandante se trasladó por error, fuerza o dolo y no puede darse el retorno al RPM, pues está dentro de la prohibición contenida en el artículo 2° de la Ley 797 de 2003, ya que cuenta con 58 años de edad, cumpliendo con la edad requerida para pensionarse. En cuanto al negocio jurídico celebrado con Colmena, no hay lugar a imponer consecuencia jurídicas a la entidad, pues no tuvo injerencia con el fondo y su afiliación al RAIS, tal como lo indica el artículo 1602 del Código Civil. En igual sentido, señaló que el retorno iría en contra de la sostenibilidad financiera conforme lo indica el artículo 48 de la Constitución y la sentencia C 1024, pues se descapitaliza el RPM, pues si bien se reciben los aportes, frutos y rendimientos de la cuenta de ahorro individual, para Colpensiones no es viable financiar la prestación y dejaría en desventaja a las personas que sí



han aportado al régimen y respecto de quienes realizan en la actualidad su aporte.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, respecto de aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del trabajo ha adocctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.



Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas¹, posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que

¹ “(...) Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

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

“...En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada...” (Subrayado de la Sala).



se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, frente a quienes simplemente llevan una desventaja en estos temas por importarles únicamente la protección de esos riesgos sin mayores aristas científicas o legales, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.



Lo anterior, permite establecer con claridad, que la AFP Colmena hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, la Sociedad Administradora de Pensiones y cesantías Porvenir S.A. y Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., debieron consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Así las cosas, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional y laboral les indica que es mejor que permanezcan en el régimen en el que están afiliados; por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adoctrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado” por lo que se ha de modificar la decisión de primer grado en dicho sentido.



Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Colmena hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., así como los traslados horizontales efectuados a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, la Sociedad Administradora de Pensiones y cesantías Porvenir S.A. y Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad o densidad de cotizaciones, pues por el contrario los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir adelante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. Ahora bien, debe advertirse que tampoco es posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena a la devolución de los gastos de administración, toda vez, que del monto total de la cotización se incluye el valor de dicho concepto, cotización que de acuerdo con lo adoctrinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo estudio.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de



diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, dentro de los cuales se deberán incluir los gastos de administración cobrados en vigencia de la afiliación de la demandante, pues se reitera, que quien debe sufrir y asumir los deterioros de la ineficacia del traslado es la administradora privada quien no brindó la información suficiente al afiliado, por lo que se adicionará la decisión frente a tal concepto. Así mismo, los gastos de administración también deberán ser devueltos por parte de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., respecto del período en el cual la señora Patricia Villareal Rivera se encontró afiliada a dichas administradoras de pensiones, enfatizando, que si bien tal como lo indicó el fallador de primer grado, el monto de la cuenta de ahorro individual ya fue trasladado en oportunidad anterior, tales conceptos no fueron objeto de traslado por parte de las administradoras de pensiones.

Ahora bien, debe precisarse que si bien Colpensiones señala que no se originó la afiliación desinformada, por cuanto en el interrogatorio de parte la demandante mencionó algunas características del RAIS y que el conocimiento se adquirió con el paso del tiempo, también lo es, que no se trató de forma alguna respecto de las consecuencias o perjuicios que conlleva afiliarse al mismo régimen, por lo que la información debe comprender la totalidad de factores, tanto favorables como desfavorables



con los que cuentan ambos regímenes pensionales. En igual sentido, debe señalarse que la falta al deber de información no se convalida con el paso del tiempo, pues la falencia de la administradora privada se originó al momento de suscribirse el formulario de afiliación primigenio.

Debe advertirse que tampoco se puede acoger el dicho de la encartada Colpensiones, en el sentido que la actora se encuentra en la prohibición contenida en la Ley 797 de 2003, por encontrarse a menos de 10 años para adquirir el derecho pensional, en el entendido que si bien tal postulado es cierto, también lo es, que al declararse la ineficacia es como si nunca se hubiese realizado el traslado y por tanto no se encontraría en la mencionada prohibición.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la descapitalización del régimen pensional, debe advertirse que Colpensiones cuenta con autorización para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante y respecto de los cuales no cuente con los montos o reservas respectivas, por cuanto dicha entidad no intervino en el traslado de régimen pensional cuya ineficacia se declarará y no tiene por qué acarrear las consecuencias económicas adversas que el mismo pueda generarle.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Sin costas en primera instancia y las de segunda a cargo únicamente de las demandadas Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.



DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

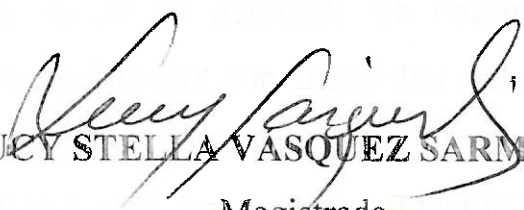
RESUELVE:

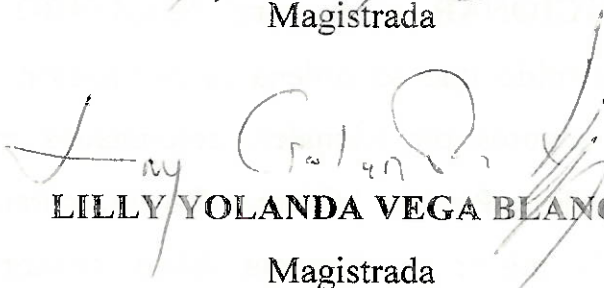
PRIMERO: MODIFICAR la sentencia apelada, en el sentido de declarar la ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, al de Ahorro Individual por Solidaridad de la demandante, de conformidad con las consideraciones expuestas en la sentencia. **SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral **SEGUNDO** de la sentencia proferida, en el sentido que se ordena la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, descontados en vigencia de la afiliación de la señora Patricia Villareal Rivera, durante el término de permanencia de la misma en Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A. **TERCERO: REVOCAR** el numeral **TERCERO** de la sentencia proferida que absolvió a las demás encartadas de las pretensiones de la demanda, para en su lugar, **CONDENAR** a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y a la Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., a la devolución de los gastos de administración y seguros previsionales descontados en vigencia de la afiliación de la demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **CUARTO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES para reclamar los perjuicios ya sea por vía ordinaria o administrativa que ocasione el posible reconocimiento del derecho pensional a la parte demandante, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta



Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-005-2019-00481-01. Proceso Ordinario Patricia Villareal Rivera contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

decisión. **CUARTO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia recurrida. **QUINTO: COSTAS** de esta instancia a cargo únicamente de las demandadas Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantía Protección S.A., Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, Sociedad Administradora de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Skandia Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías S.A.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000,00 para cada una de ellas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Salvo a ob por el*

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA
Sala Laboral

23 FEB 14 AM 9:15

10-138

000000

República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., trece (13) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 007 2018 00431 01. Proceso Ordinario Luis Fernando Gómez Zuluaga contra Colpensiones y Otro (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por las demandadas, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad pública demandada en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad o ineficacia de su traslado al régimen de ahorro individual con solidaridad y que para todos los efectos siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida; se ordene a la Sociedad Administradora de fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. a devolver a Colpensiones de todas las sumas de dinero, bonos, cotizaciones, sumas adicionales recibidas por concepto de aportes obligatorios y rendimientos devengados durante todo el tiempo que dichas

sumas estuvieron en su poder, se ordene a Colpensiones a reactivar su afiliación reconociendo que para todos los efectos legales siempre ha estado vinculado al régimen de prima media con prestación definida y a recibir los aportes y rendimientos devueltos, y se condene a la Sociedad Administradora de fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. al reconocimiento y pago de los perjuicios morales causados.

En subsidio de las anteriores pretensiones declarativas solicitó se declare inexistente el acto por medio del cual se traslado a la Sociedad Administradora de fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Como sustento de sus pretensiones, afirmó en síntesis que nació el 24 de julio de 1954, que ha laborado para diferentes entidades de derecho público y privado, estando afiliado a la Caja Nacional de Previsión Social -Cajanal- y a Colpensiones desde el 30 de marzo de 1994.

Señaló que en febrero del año 2002 por no recibir la información adecuada y considerar que el régimen de ahorro individual con solidaridad le era más beneficioso que el de prima media con prestación definida, suscribió formulario de afiliación con la Sociedad Administradora de fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.

Refirió que el 15 de enero de 2004 suscribió formulario de afiliación con el Instituto de Seguros Sociales en el que solicitó su traslado de régimen dentro del periodo de gracia, sin que tal solicitud le hubiere sido resuelta.

Indicó que el asesor o promotor encargado de su afiliación y traslado, no contaba con título profesional o con capacitación adecuada que le permitiera suministrar información, completa, veraz y suficiente para tomar la decisión de trasladarse.



Adujo que la Sociedad Administradora de fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. o sus asesores nunca le advirtieron que su pensión podría ser inferior a la del régimen de ahorro individual o que no se podría pensionar si el capital era insuficiente, que el monto de su prestación dependía de la modalidad pensional que escogiera, entre otras consecuencias propias del reconocimiento de la prestación de vejez en el régimen de ahorro individual.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colpensiones¹ indicó que el accionante no cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010 para poder trasladarse en cualquier tiempo y que su traslado se efectuó de forma libre y voluntaria. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, saneamiento de la causal alegada, entre otras.

Por su parte la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A.² sostuvo en esencia que la afiliación del demandante se produjo luego de haber recibido una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión, y de esta manera lo hizo constar al plasmar su firma en el formulario de afiliación. Propuso en su defensa las excepciones de prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia del derecho, inexistencia de la obligación, entre otras.

Frente a las súplicas de la demanda, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el demandante a la AFP Porvenir S.A. el 20 de febrero de 2002; y le ordenó a dicha entidad trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la accionante incluidos los rendimientos financieros, así como los gastos de administración y comisiones

¹ Cfr fls 138 y s.s. expediente digitalizado archivo “1. ORD... EXPEDIENTE COMPLETO”.

² Cfr fls 199 y s.s. ibidem

que hubiese descontado de los aportes pensionales, debidamente indexados. Y ordenó a Colpensiones recibir al accionante sin solución de continuidad como afiliado del régimen de prima media con prestación definida.

Inconforme con la anterior determinación los apoderados de las demandadas Porvenir S.A. y Colpensiones interpusieron recursos de apelación los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

La apoderada de Colpensiones solicita se revoque la decisión adoptada y en su lugar se absuelva a su representada de todas y cada una de las pretensiones; para lo cual aduce en esencia que dentro del expediente no obra prueba de la presencia de algún vicio del consentimiento consagrado en el artículo 1740 del Código Civil, y además no se demandó dentro del término que al efecto prevé el artículo 1750 de la misma obra.

Sostiene que se esta en presencia de un error sobre un punto de derecho que carece de fuerza legal para repercutir sobre la eficacia del acto que celebrado entre el demandante y el fondo privado.

Solicita se tenga en cuenta que existió una ratificación expresa o tácita para sanear el presunto vicio del contrato, conforme lo prevé el artículo 1754 del Código Civil, en tanto que ejecutó de forma voluntaria lo acordado en el contrato que autoriza el traslado.

Finalmente indica que la nulidad o ineficacia del traslado de régimen afecta gravemente el principio de sostenibilidad financiera del sistema pensional, y trae a colación al efecto apartes del criterio sentado por la Corte Constitucional en las sentencias C-1024 del 2004, la SU 062 de 2010 y la SU 130 del 2013.

Por su parte el apoderado de la AFP Porvenir, con idéntico propósito sostiene que el acto de traslado del demandante es válido en la medida que se efectuó de manera libre, espontánea y sin presiones, luego de que recibió una asesoría integral y completa acerca de la decisión que iba a tomar, y que en constancia de ello el accionante el demandante suscribió el formulario de afiliación.

Afirma que los funcionarios de su representada son capacitados para suministrar la información completa y necesaria, y que las asesorías verbales por ellos suministradas son válidas al no esta prohibidas dentro del ordenamiento legal vigente al momento del traslado.

Agrega que el demandante contaba con 5 días para ejercer el derecho a retractarse de la selección de régimen pensional, y no lo hizo, como tampoco optó por acogerse a la posibilidad de retornar al régimen de prima media con ocasión a la expedición de la Ley 797 de 2003 y que además jamás elevó ante su representada solicitud de traslado de régimen, decidiendo permanecer en el régimen de prima media por más de 17 años; por lo que a su juicio no es válido que el demandante cuando advirtió que no logró cumplir las expectativas de ahorro que se propuso al momento del traslado, pretenda anular una vinculación de carácter legal, aduciendo un supuesto engaño, y que tal sentido es un principio general del derecho que no le es dado nadie alegar su propia culpa en su favor.

Sostiene que no obra prueba de que el asesor de su representada haya actuado de manera dolosa o hubiere forzado al demandante, frente a la suscripción del formulario de afiliación y que en virtud de la carga de la prueba éste es quien tiene que acreditar, con mayor razón cuando el artículo 835 del Código de Comercio establece la carga de la prueba en cabeza de quien alegue la culpa o mala fe de una persona.

Aduce que debe tenerse en cuenta que de acuerdo con la edad y densidad de semanas que tenía el demandante para el momento del traslado, su expectativa pensional estaba lejana y no era beneficiario del régimen de transición; motivo por el que no le es aplicable el precedente sentado por la Corte Suprema de Justicia, la que a declarado la ineficacia del traslado frente a personas cuya decisión de traslado implicaba una consecuencia negativa, por haber cumplido uno de los requisitos o tener una expectativa cercana.

De otra parte, señala que ni la Ley 100 de 1993, ni el Decreto 3995 de 2008 previeron que el traslado de régimen comprendiera el reintegro de las sumas percibidas como gastos de administración, ni estableció alguna fórmula para determinar el monto a trasladar de un régimen a otro; de manera que el cambio de régimen comprende únicamente el traslado del valor de los aportes existentes en la cuenta de ahorro individual sus rendimientos y los aportes destinados a la garantía de pensión mínima.

Añade en el mismo sentido que de acuerdo con lo previsto en el artículo 20 de la Ley 797 de 2003, el 3% de la cotización efectuada se destina a financiar los gastos de administración, de manera que su representada contaba con autorización legal para realizar dichos descuentos.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adocinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga³, posición que fue

³ “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para

reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando no se desconoce que al tenor de lo dispuesto en el artículo 7° del C.G.P. es posible separarse del precedente jurisprudencial, también lo es, que esta Sala de Decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias antes referidas.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la

que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional."

de los medios de prueba decretados y practicados dentro del proceso, no es posible advertir que se le hubiere expuesto al demandante de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder al reconocimiento de la prestación de vejez en uno y otro régimen, así como los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra, comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida. Obligación que se precisa, surgió desde la propia creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo con lo que al efecto preveía el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97; sin que para su acreditación sea exija algún medio de prueba en particular, como lo plantea el apoderado de la AFP Porvenir S.A.

Dilucidado lo anterior, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 *“la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”*, por tanto, como el vicio surge desde el mismo momento de la afiliación ningún efecto tiene asesorías posteriores sobre las implicaciones del traslado; motivo por el que ningún reparo merece a la Sala la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado.

De otra parte, interesa tener en cuenta que aun cuando al momento del traslado la demandante se encontraba afiliada a la Caja Nacional de Previsión Social –Cajanal EICE– y que no registra aportes a Colpensiones, también lo es, que con ocasión a la liquidación de aquella entidad, se dispuso en el artículo 4º del Decreto 2196 de 2009, el traslado de sus afiliados al Instituto de Seguro Social -ISS-, entidad que a su vez fue remplazada por la hoy demandada Colpensiones.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a la AFP Porvenir S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen



administrado actualmente por COLPENSIONES enfatizando que, ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente es exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Se precisa en este punto, que no es de recibo el argumento que plantea la apoderada de la demandada Colpensiones relativa a la ratificación de la afiliación de la demandante por el solo hecho de su permanencia en el régimen de ahorro individual con solidaridad, pues tal como lo ha enseñado la máxima Corporación de Justicia Laboral en sentencias SL5686-2021, SL5688-2021 y SL1055-2022, el acto jurídico ineficaz no puede sanearse como la nulidad, al respecto se adoctrinó en la última de las decisiones referidas:

“...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.”

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 8 de septiembre de 2008, radicado No. 31989, como en la sentencia SL4360 de 2019, se

explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que como a la fecha la demandante continúa afiliada a la AFP Porvenir S.A., es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos, incluyendo adicionalmente las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, y así mismo, la AFP Porvenir S.A. se encuentra obligada a devolver las sumas que recibió por concepto de gastos de administración durante el periodo en que el demandante estuvo afiliado; motivo por el que se confirmará la determinación que acogió sobre el particular el *aquo*.

En este punto corresponde precisar que no se considera procedente permitir que las administradoras de fondos privados conserven las sumas que descontaron por concepto de gastos de administración, pues se reitera con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado se entiende que estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como si el demandante siempre hubiere permanecido en dicho régimen, sin que ninguna injerencia tenga frente a ello la generación de rendimientos financieros, pues tal como lo enseñó el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo laboral en la sentencia proferida dentro radicado No. 31.989, “*Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social*” lo que de contera, no permite a la administradora del régimen de ahorro individual demandada retener el valor de los gastos de administración, sino que permite al afiliado conservar los rendimientos causados.



Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Finalmente, como quiera que para dar cumplimiento a la orden impartida la Administradora Colombiana de Pensiones debe contar con los recursos y el extracto detallado de los pagos y ciclos cotizados por la actora, bajo una nueva orientación, considera la Sala que resulta oportuno, ordenar a la AFP que en el término de treinta (30) días hábiles dé cumplimiento a las órdenes impartidas en su contra.

Hasta aquí el análisis de la Sala, sin lugar a la imposición en costas en esta instancia.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

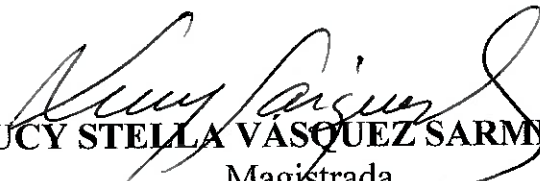
PRIMERO.— **ADICIONAR** la sentencia proferida por el Juzgado 7° Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. que en el término de treinta (30) días hábiles, dé cumplimiento a las órdenes impartidas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión.



SEGUNDO.- CONFIRMAR lo demás la decisión de primer grado.

TERCERO.- COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-012-2020-00454-01. Proceso Ordinario de Ivonne María Jaramillo Cantón contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la demandante y de las demandadas Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A. frente a la sentencia proferida por el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, el 10 de agosto de 2021; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, frente a aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó la actora mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad o ineficacia de la afiliación al RAIS y por consiguiente, declarar que la afiliación que se ha mantenido en respecto de Colpensiones y como consecuencia de las anteriores, se condene a devolver



a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, tales como bonos pensionales, cotizaciones, sumas adicionales, junto con los rendimientos financieros, activándola en el RPM administrado por Colpensiones sin solución de continuidad, así como, se condene a los fondos privados al reconocimiento y pago de los perjuicios morales que se tasan en la suma de 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes y las costas del proceso; de forma subsidiaria, solicitó se declare inexistente el acto de afiliación en el RAIS e idénticas pretensiones elevadas frente a la ineficacia o nulidad del traslado.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 2 de septiembre de 1968, afiliándose en el RPM administrado por el ISS desde el año 1990; que la actora suscribió formulario de afiliación con la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A. el 23 de enero de 1995, momento en el que o recibió la debida información, situación que ocurrió en igual sentido con las afiliaciones realizadas a Colfondos S.A. el 3 de febrero de 199 y con protección S.A. el 19 de diciembre de 2008; que los fondos iniciaron publicidad agresiva en busca de obtener afiliados, no obstante, sus asesores no contaban con título profesional o capacitación adecuada para brindar las asesorías, en la que le mencionaran los riesgos del traslado, que la mesada pensional sería inferior a la que obtendría en el RPM, que su derecho pensional se obtendría cuando tuviese el capital ahorrado suficiente, no le explicaron las diferentes modalidades de pensión, que debería negociar el su bono pensional y ello implicaría un sacrificio financiero; que a parte de las omisiones ya enunciadas, le indicaron a la demandante que la condición pensional sería más ventajosa, que el RPM desaparecería, que la mesada pensional sería más favorable, en lo concerniente con el monto; que Protección S.A. realizó proyección pensional, en la que estableció que a los 57 años la mesada sería por la suma de \$1.078.186, pero a los 60 años, la misma sería por monto de \$3.990.890; que elevó solicitud de nulidad ante



Porvenir, Colfondos, Protección y Colpensiones el 18 de febrero de 2020, obteniendo respuesta negativa de parte de Colpensiones en la misma fecha, así como de Colfondos el 24 de febrero de 2020; que no se ha obtenido respuesta por parte de Porvenir y Protección.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por la demandante a Colpatria hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, así como los traslados horizontales efectuados a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., y ordenó a trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros, sin efectuar descuento alguno por gastos de administración por parte de las administradoras de pensiones, disponiendo que Colpensiones recibiera los dineros como si nunca se hubiere generado el traslado, actualizando la historia laboral, absolviendo de los demás pedimentos elevados. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que las demandadas administradoras privadas le suministraron la información necesaria y precisa para que la actora pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.

Inconformes con la anterior decisión, los apoderados de la demandante y de las demandadas Colpensiones, Protección S.A. y Porvenir S.A. interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad pertinente.

La apoderada de la parte demandante solicitó se revoque de forma parcial la sentencia proferida, exclusivamente frente a la condena en costas solo para Porvenir, para que sean condenadas en costas y sea revisado por el tribunal



también las demás demandadas, ya que se debe tener en cuenta que las entidades fueron vencidas en juicio, las pretensiones fueron concedidas y como una de las pretensiones eran las costas, se advierte que se opusieron las pasivas, así como que es una consecuencia de la puesta en movimiento del aparato judicial, como así lo determina el artículo 365 del C.G.P., para lo que además se debe tener en cuenta las diferentes jurisprudencias frente a la condena en costas, cuando no se condena en costas a Colpensiones e incluso, a otras AFP, sentencias como la del Dr. Eduardo Carvajalino Contreras en proceso con radicado 2018 – 307 del juzgado 8°, así como en la sentencia del Dr. Mauricio Oliveros, por lo que se debe revocar la decisión en tal sentido.

El apoderado de Colpensiones interpuso recurso de apelación contra la sentencia proferida y en su lugar se absuelvan de las súplicas de la demanda, ya que la condena impuesta de declarar la ineficacia del traslado deja de lado las particularidades del caso, ni tiene en cuenta la libertad de escogencia de régimen consagrado en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, tampoco lo pertinente con los actos de relacionamiento de la Corte Suprema de Justicia sentencia 1008 de 2021, que consiste en la exteriorización de la voluntad, actos que se configuran con la suscripción de varios formularios de afiliación y respecto de los cuales se pronunció el actor en su interrogatorio de parte, así como, que dentro del caso y en atención al salvamento de voto de la sentencia 1452 del Dr. Rigoberto Echeverry hay una circunstancia particular en cuanto a la motivación que llevó a cabo la presentación de la demanda, que no es otro que obtener una mejor mesada pensional, pese a que se jugó con las características del RAIS, en cuanto se hacen aportes voluntarios y que no permite extraer la falta de información en el RAIS. Aunado a lo anterior, la demandante suscribió formulario de afiliación por espacio de 20 años y en ningún momento deseó regresar al entonces ISS hoy Colpensiones, suscripción con la que se ratificó su deseo de permanecer en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad.



Por su parte, la litigante de Protección S.S. interpuso recurso de apelación parcial en lo que respecta a trasladar los costos por concepto de administración durante la afiliación en el RAIS, ya que no se puede ordenar tales conceptos pues fueron conceptos causados, descuentos realizados por ley y por la buena gestión de la AFP, pero con la condena impuesta referente a al devolución de aportes, más rendimientos, más los gastos de administración, se estaría en un enriquecimiento sin causa a favor de Colpensiones, pues percibe un dinero que no sirve para financiar la pensión de la demandante, lo recibiría por un dinero que no administró y que por el contrario, fueron el fruto de la buena gestión realizada por protección, por lo que se debe tener como restitución mutua en su favor. Lo anterior, por cuanto si los efectos de la ineficacia es que todo vuelva al estado anterior, se produce unas consecuencias y es que el contrato no existió, que protección no debió administrar los dineros, no se generaron rendimientos y por tanto, no habría lugar al cobro de administración, pero aunado, con la declaratoria de ineficacia se desdibuja la figura de ineficacia, ya que se dan los rendimientos, más los gastos de administración y se puede concluir que el bien administrador produjo unas mejoras, dentro de las que se incluyen el porcentaje del seguro previsional, el que ya fue girado a una tercera persona, que cubrió los riesgos de invalidez y muerte, prima pagada mes a mes y no está posibilitada para realizar o hacer solicitud de devolución y trasladarla a Colpensiones, aunado, con que la aseguradora es un tercero de buena fe. En lo que tiene que ver con el 3% de los gastos de administración son susceptibles de prescripción, pues no integran la financiación del derecho pensional y se ordenan tiempos en los que no estuvo afiliada la actora y la demandante se trasladó con la actora solo hasta el 2008.

Finalmente, Porvenir S.A. interpuso recurso de apelación frente al traslado adujo que se trasladó con Colpatria hoy Porvenir, suscribiendo el formulario de afiliación, que era el único documental que se exigía para la afiliación al RAIS y el traslado entre administradoras tal como se ha dicho en distintas sentencias



de la Corte Suprema de Justicia, tal concepto a tenido un desarrollo tanto legal, como jurisprudencial, pues se establecieron exigencias a los fondos de pensiones, pero no se aplicó la norma al momento del traslado y no se comparten las consideraciones del despacho, pues basó su consideración en que no existe documento de la información dada al momento de la afiliación, situación contraria a la realidad, pues conforme con la ley 100 de 1993 y Decreto 663 del mismo año, se pretendía era una afiliación libre de coacción, pero no que la información estuviera documental o documental que se debía guardar para acreditar la información dada y no por no tener un documental diferente pueda presumirse la falta de información como se tuvo por el despacho y no fue sino hasta el año 2008 en una jurisprudencia se interpretó la falta al deber de información del año 1993. Así mismo, el despacho reprocha que no se indicaron ventajas y desventajas de estar en uno u otro régimen, desconociendo las particularidades de la demandante, quien tenía 27 años y aproximadamente 65 semanas en el RPM, por lo que es claro que se estaba imposibilitada para informar consecuencias o desventajas por un derecho pensional estuviera cerca de consolidarse, así como, que se pasó por alto lo informado en el interrogatorio de parte. Finalmente, frente a la condena de la devolución de los gastos de administración, refirió que también se aparta de la misma, pues como se indicó por Protección no hay lugar a la ineficacia en unos sentido y en otros no, pues le negocio jurídico nunca se celebró, por lo que los frutos dados por parte de Colpatria hoy Porvenir, se podría entender que no se generaron, sin embargo se ordena devolver los rendimientos, más los gastos de administración de forma conjunta, lo que resulta incoherente, pues hubo rendimientos, pero se desconoce la gestión para obtener la rentabilidad, por lo que de forma principal solicita revocar la sentencia o de forma subsidiaria se revoque la sentencia en lo que tiene que ver con la devolución de los costos de administración.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA



En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, frente a los puntos que no hayan sido objeto de apelación.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas¹, posición

¹ “(...) Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.



que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

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

“...En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue; de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada...” (Subrayado de la Sala).



Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, frente a quienes simplemente llevan una desventaja en estos temas por importarles únicamente la protección de esos riesgos sin mayores aristas científicas o legales, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que la demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que las demandadas Colpatria hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., debieron consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho



pensional de la demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Así las cosas, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional y laboral les indica que es mejor que permanezcan en el régimen en el que están afiliados; por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral de la accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adocrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado” por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a Colpatria hoy Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., así como los traslados horizontales efectuados a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna



injerencia tienen circunstancias como la edad o densidad de cotizaciones, pues por el contrario los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. Ahora bien, debe advertirse que tampoco es posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena a la devolución de los gastos de administración, toda vez, que del monto total de la cotización se incluye el valor de dicho concepto, cotización que de acuerdo con lo adocinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo estudio.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por la actora, dentro de los cuales se deberán incluir los



gastos de administración y seguros previsionales cobrados en vigencia de la afiliación de la demandante, pues se reitera, que quien debe sufrir y asumir los deterioros de la ineficacia del traslado es la administradora privada quien no brindó la información suficiente al afiliado. Igual situación, ocurre respecto de los gastos de administración y seguros previsionales cobrados en vigencia de la afiliación de la actora a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A y a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, pues se reitera, quien debe asumir los perjuicios es la administradora de pensiones que no brindó la debida información, debiéndose confirmar la decisión de primer grado en tal sentido.

Aunado a lo anterior, es necesario precisar, que si bien los gastos de administración se encuentran debidamente consagrados en la Ley 100 de 1993, también lo es, que al ser declarada la ineficacia del traslado, es como si nunca hubiese existido la afiliación del actor en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por tanto nunca se hubiere generado la obligación del cobro de tales emolumentos por parte de la administradora de pensiones, pues al mantenerse la afiliación, era Colpensiones quien debería proceder con el cobro de dichos conceptos y no la administradora privada.

En lo que tiene que ver con el argumento de la imposibilidad de traslado de los rendimientos financieros y los gastos de administración con ocasión de la gestión realizada por las administradoras privadas, es necesario advertir, que tales conceptos no le corresponden a dichas administradoras, sino que por el contrario, son del afiliado, pues al generarse rendimientos financieros, los mismos son fruto del pago de las cotizaciones efectuadas y los gastos de administración, son porcentajes propios del aporte mensual que se realiza, por lo que no habría lugar a que las administradoras de pensiones privadas se quedasen con alguno de ellos.



Como quiera que para dar cumplimiento a la orden impartida la Administradora Colombiana de Pensiones debe contar con los recursos y el extracto detallado de los pagos y ciclos cotizados por el actor, bajo una nueva orientación, considera la Sala que resulta oportuno, ordenar a las AFP que en el término de treinta (30) días hábiles dé cumplimiento a las órdenes impartidas en su contra.

Finalmente, se acogerá de forma parcial el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, referente a que se condene en costas a las demandadas Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., como quiera que dichas administradoras privadas intervinieron en los traslados horizontales dentro del RAIS y no brindaron la debida información a la afiliada; no obstante, tal condena no se puede extender a Colpensiones, como quiera que dicha entidad no intervino de forma alguna ni en el traslado primigenio, ni en los sucesivos y si bien, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, ello obedeció a las consecuencias de la declaratoria de ineficacia de la afiliación, por lo que se decidirá en tal sentido:

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de esta instancia quedarán a cargo únicamente de las demandadas Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

DECISIÓN:

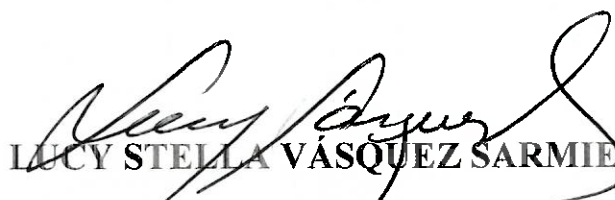
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,



Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-012-2020-00454-01. Proceso Ordinario de Ivonne María Jaramillo Cantón contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida en el sentido de ordenar a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., que en el término de treinta (30) días hábiles, den cumplimiento a las órdenes impartidas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO: COSTAS** de primera y segunda instancia estarán a cargo únicamente de las demandadas Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00 M/cte., para cada una de ellas, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado *Señor Vega Carvajal*



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

SALA LABORAL

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001310501720180038401. Proceso Ordinario de Carmen Alicia Hernández Acosta contra Alimentos Marluz SAS. (Fallo de Segunda Instancia).

En Bogotá D. C., Trece (13) de diciembre de dos mil veintidós (2022), la Magistrada Ponente previa deliberación con los Magistrados integrantes de Sala de Decisión, de acuerdo con lo previsto en el establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, procede a proferir la siguiente,

SENTENCIA:

CARMEN ALICIA HERNÁNDEZ ACOSTA convocó a ALIMENTOS MARLUZ SAS para obtener mediante los trámites propios de un proceso ordinario, previa declaración de ineficacia de la terminación del vínculo por debilidad manifiesta y estabilidad laboral reforzada: reintegro junto con el pago de salarios y prestaciones, sanción de 180 días, aportes a pensión y costas procesales.

Pretensiones que tienen sustento en los siguientes,



HECHOS:

Laboró para la demandada mediante varios contratos de trabajo a término fijo inferior a un año desde el 15 de febrero de 2011, el último con vigencia del 11 de julio de 2016 al 11 de noviembre de 2016, para desempeñar la labor de preparación y suministro de alimentos (almuerzos y meriendas) a diferentes colegios de Bogotá, bajo las órdenes y supervisión de la demandada, en jornada de 10 horas diarias de 7:00 am a 12 pm con una hora de almuerzo y 10 minutos de descanso y un sábado al mes en horario de 7:00 am a 12:00 pm. Con un último salario mensual fue de \$706.200 sin auxilio de transporte.

El 13 de marzo de 2014, sufrió quemadura con agua caliente en el dorso de su mano derecha, siendo por ello remitida a la ARP Colmena según autorización 98-241-2413 expedida por médico cirujano y plástico, el 28 de noviembre de 2014 fue remitida por la ARP Colmena a IDIME para valoración médico laboral donde se halló “Estudio anormal compatible con una neuropatía distal comprensiva sensitiva y motora axonal del nervio mediano bilateral, confirmatorio de un síndrome del túnel del carpo grado IV derecho (severo) y grado III izquierdo moderado”.

El 17 de junio de 2015 se diagnosticó nuevamente síndrome del túnel carpiano, sinovitis y tesnovitis, siendo remitida a valoración de cirugía plástica por “sintomalogía de dolor en la mano que se valora por cirugía de mano por sospecha de túnel del carpo”.

El 11 de octubre de 2016 pese a encontrarse pendiente de tratamiento médico y de calificación médico laboral, la demandada le comunicó, mediante preaviso, la terminación del contrato por expiración del plazo pactado a partir del 11 de noviembre de 2016, sin ordenarle la realización del examen médico



laboral de retiro y sin autorización de la Oficina de Trabajo del Ministerio del Trabajo.

El 19 de noviembre de 2016 la ARL Salud Total inició el proceso de calificación de la pérdida de capacidad laboral, el 25 de noviembre de 2017 ésta envió solicitud a la empresa demandada para que suministrara la documentación necesaria para el estudio del origen de la enfermedad, debido al incumplimiento de la demandada fue requerida nuevamente por la ARL el 8 de mayo de 2017. El 11 de septiembre de 2017 la empresa demandada la requiere para que allegue documentos necesarios para el inicio a la evaluación del puesto de trabajo, a lo cual dio cumplimiento.

El 1 de noviembre de 2017, la ARL Salud Total calificó por primera vez el origen su enfermedad, mediante dictamen médico y análisis de las condiciones del puesto de trabajo, determinó que era de índole laboral, comunicándosele ello a la nueva Administradora de Riegos SURA, contratada por la empresa demandada. Mediante comunicación del 26 de diciembre de 2017 la ARL Sura comunica a medicina laboral de la EPS Salud Total que la prestaciones asistenciales y económicas, debido a que las patologías calificadas como laborales, deberán ser atendidas por la ARL a la que se encuentre afiliada al momento de requerir la prestación o a la última ARL en que hubiera estado afiliada.

La ARL Sura comunicó el 22 de junio de 2018 el dictamen de calificación de secuelas por enfermedad laboral, determinando un porcentaje de pérdida de capacidad laboral en un 17.80% y de la cual a la fecha de presentación de la demanda no ha recibió indemnización por parte de la ARL Sura.

ACTUACIÓN DE PRIMERA INSTANCIA:



La demanda fue admitida por el Juzgado Diecisiete Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 1 de octubre de 2018. Notificada en legal forma y corrido el traslado de ley, la convocada por intermedio de apoderada procedió a dar contestación oponiéndose a las pretensiones; respecto de los hechos sostuvo que aceptaba unos y otros no; propuso las excepciones de mérito de inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, enriquecimiento sin justa causa, temeridad y mala fe, compensación, prescripción y la genérica.

Clausurado el debate probatorio, el juzgado profirió sentencia el 2 de marzo de 2020, DECLARANDO probadas las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido. ABSOLVIÓ de las pretensiones e impuso costas a cargo de la activa.

Inconforme con la decisión la apoderada de la demandante interpuso recurso de apelación, el cual fue concedido.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Sostuvo la impugnante que la estabilidad laboral reforzada de quienes han sido desvinculados sin contar con definición de pérdida de capacidad laboral moderada, severa o profunda, también comprende cuando se evidencia una situación de salud que impida al trabajador o le dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores, de la cual tenga conocimiento la empleadora, por lo tanto, si bien el vencimiento del plazo es causal de terminación del contrato, también lo es que la permanencia en la labor por más de 5 años, evidencia que no existe justificación que impida la renovación del contrato de trabajo como a los demás compañeros de trabajo, máxime cuando se encuentra en proceso de rehabilitación desde



2014, y aunque solo fue valorada hasta 2018, de esa situación tuvo conocimiento la empleadora.

CONSIDERACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA:

Refiriéndonos someramente a los presupuestos procesales, requisitos indispensables para la regular formación y desarrollo de la relación jurídico-procesal, como son demanda en forma, capacidad procesal, capacidad para ser parte y competencia del juez, no merecen reparo alguno en la litis, lo que amerita una sentencia de fondo; aunado a ello, no se avizora la estructuración de causal de nulidad que invalide lo actuado.

La protección laboral de las personas con discapacidad <<originalmente limitación>> tiene sustento legal en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y la Sentencia C-531 del 5 de mayo de 2000 que declaró exequible su inciso segundo, bajo el entendido que el despido o la terminación del contrato de una persona por razón de su limitación carece de efecto jurídico si no media justa causa autorizada por autoridad administrativa del trabajo.

Los alcances del aludido precepto han sido desarrollados tanto por el Máximo juez del trabajo como Constitucional, éste último de una forma más amplia, dando origen al concepto de estabilidad laboral reforzada por condición de salud hoy estabilidad ocupacional reforzada, pero en todo caso confluyen en señalar que para que esa protección surta su fin de garantizar la estabilidad en el empleo, debe reunir unas condiciones, como son, i) discapacidad o situación particular de salud del empleado, que implique su configuración o existencia previa a la terminación del vínculo, que incluso para el juez constitucional, la condición de debilidad manifiesta no se encuentra inmersa en este calificativo; ii) el conocimiento del empleador de



esa condición, en cuanto es a aquél a quien le es oponible por estar llamado a garantizarla, de ahí que el texto legal imponga al empleador la obligación para terminar el vínculo de un empleado con discapacidad, obtener autorización previa de la autoridad administrativa del trabajo cuando la razón se finque en la discapacidad, pues pese a esa condición si la determinación se encuentra motivada en justa causa no habrá necesidad de acudir a la autoridad administrativa con tal propósito<<Sentencia SL 1360 del 11 de abril de 2018>>, en el mismo sentido, del conocimiento del empleador de la discapacidad del empleado, es que el Máximo juez constitucional para la protección de derechos fundamentales, estableció desde un comienzo la presunción de terminación del vínculo como consecuencia de la condición de salud, posición acogida igualmente por el Máximo juez del trabajo en Sentencia SL 1360 del 11 de abril de 2018; y **iii)** nexo causal entre la desvinculación y la discapacidad del empleado, lo que equivale a que el finiquito del contrato haya sido causa y efecto de la situación o condición del trabajador.

La reiterada y pacífica jurisprudencia de la corporación de cierre de la especialidad del trabajo frente al tema ha considerado que la protección laboral de las personas con discapacidad <<originalmente limitación>> no surge de cualquier padecimiento físico o sensorial que presente el trabajador, sino de discapacidad relevante, por lo menos moderada (entre el 15 y 25% de pérdida de capacidad laboral), pues es absolutamente claro que cualquier condición de salud no genera esa protección, así lo itera nuevamente en Sentencia SL 711 del 24 de febrero de 2021 dentro del radicado 64605, y para establecer la discapacidad o limitación, debe mediar definición o calificación emitida por autoridad instituida en la ley con tal propósito, no reportes de incapacidad, historia clínica del empleado o recomendaciones o restricciones laborales, considerando que estos instrumentos no sirven para determinarla <<sentencia SL260 del 30 de



enero 2019 dentro del radicado N° 71395>>, precisamente porque la jurisdicción carece de conocimientos para discernir la condición de salud.

El dictamen del 18 de junio de 2018, emitido por la ARL Sura, calificó pérdida de capacidad laboral del 17.80% por acontecimiento acaecido el 28 de noviembre de 2014, con fecha de estructuración del 18 de junio de 2018, que si bien se ajusta al porcentaje límite o tope que el Máximo juez del trabajo en su línea jurisprudencial ha fijado hasta la actualidad <<Sentencia SL 711 del 24 de febrero de 2021 dentro del radicado 64605>> para que surja la protección consagrada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 y su modulación constitucional, también lo es que, esa definición de la condición de salud del trabajador, se presenta finiquitado el contrato de trabajo, y en vigencia del vínculo de lo que se tiene conocimiento, la empleada no reportaba ninguna discapacidad, ni siquiera contaba con definición de patología, la cual sólo se produjo por parte de su EPS Salud Total, posterior al fenecimiento del vínculo.

La anterior situación deja en evidencia que durante la existencia de la relación laboral suscrita por las partes, la trabajadora no *reportaba* ninguna discapacidad, y en el mismo sentido, la empleadora no tuvo *conocimiento* de esa condición, presupuesto que no se puede deducir de los documentos de reportes de incapacidades discontinuas, recomendaciones y restricciones laborales e historia clínica, considerando que estos instrumentos no sirven para determinar la condición de discapacidad como lo consignó el Máximo órgano de cierre de la especialidad en la aludida sentencia SL260 del 30 de enero 2019, sino la calificación emitida por autoridad instituida en la ley con tal propósito, por esa misma razón, no puede decirse con acierto jurídico que la causa de la extinción del vínculo por parte de la empleadora fue consecuencia de aquella, principalmente cuando el acervo probatorio valorado en conjunto bajo el principio de la sana crítica como lo exige el



ordenamiento procesal legal vigente, permite concluir que la empleadora conocedora del accidente que no generó en la trabajadora impedimento para continuar ejecutando o realizando la labor contratada, la seguía contratando bajo la modalidad de contratos a términos fijos inferiores a un año, por el periodo académico a que se contraía su actividad <<modalidad perfectamente válida de acuerdo con el ordenamiento positivo del trabajo>>, por espacio de casi cuatro años, y al no encontrar situaciones que afectaran la salud de la empleada al punto de generarle estabilidad laboral reforzada, como lo venía haciendo durante el aludido periodo, procedió con fundamento en la normatividad positiva del trabajo a anunciar la terminación del contrato de trabajo.

La valoración conjunta de la prueba bajo el principio de su sana crítica permite concluir que en el caso que ocupa la atención no se consolidan los presupuestos que irrogan protección por discapacidad a los trabajadores, de tal suerte que no surge la presunción que la terminación del vínculo haya sido causa y efecto por condición de discapacidad que no presentaba la empleada, y que tiene que ver con el tercer presupuesto del nexo causal entre la desvinculación y la discapacidad del empleado, y la ausencia de este requisito lleva a concluir que la decisión de la empleadora de finiquitar el contrato de trabajo, no fue otra que la prerrogativa prevista en la normativa positiva del trabajo para su terminación, y no la presunta condición de discapacidad planteada por la activa, que corresponde el tercer presupuesto del nexo causal con la desvinculación por la discapacidad del empleado.

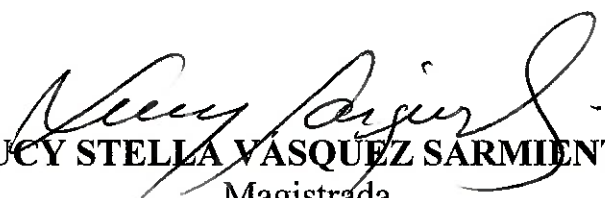
DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ,



D. C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA** la sentencia de primera instancia. Costas en esta instancia a cargo de la activa, inclúyase la suma de \$100.000.00 por concepto de agencias en derecho.

Esta sentencia se notificará por Edicto.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

República de Colombia
TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., trece (13) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11001-31-05 021 2021 00270 01. Proceso Ordinario María Solita Quijano Samper contra Colpensiones y Otra (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de la AFP Protección y Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES:

Solicitó la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad y/o ineficacia de su afiliación a través de la AFP Colmena, hoy Protección S.A., en el mes de mayo de 1999, así como el posterior traslado a la AFP Colfondos en el mes de octubre de 2001, y que la única afiliación válida al sistema general de pensiones es la efectuada al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones; se ordene a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías a trasladar con destino a Colpensiones el monto total de los aportes acreditados en su cuenta de ahorro individual.



Como sustento de sus pretensiones, afirmó que nació el 30 de marzo de 1961 y comenzó su vida laboral el 14 de septiembre de 1983 cotizando al Instituto de Seguros Sociales, hoy Colpensiones, en donde permaneció hasta el mes de mayo de 1999 cuando formó el formulario de afiliación AFP Colmena.

Indicó que al momento de la suscripción del formulario de afiliación no recibió asesoría alguna por parte de la AFP Colmena y por tanto no fue informada acerca de las condiciones y requisitos para acceder al reconocimiento de la pensión de vejez en el régimen de ahorro individual con solidaridad, la fecha de redención normal de su bono pensional, la diferencia en la distribución de las cotizaciones realizadas al régimen de ahorro individual con solidaridad y tampoco se le entregó el reglamento de funcionamiento de dicho AFP como lo establece el Decreto 656 de 1994.

Afirmó que en octubre de 2001 se trasladó a la AFP Colfondos S.A., la que omitió informarle acerca de la posibilidad de trasladarse con anterioridad al cumplimiento de los 47 años de edad.

Una vez notificadas las entidades accionadas contestaron la demanda en oposición a las pretensiones. Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías¹ adujo en esencia que la demandante se trasladó en virtud del derecho a escoger libremente el fondo de pensiones que administra sus aportes y que sus asesores le brindaron una asesoría integral y completa respecto de todas las implicaciones de su traslado horizontal. Propuso en su defensa las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, ausencia de vicios en el consentimiento, prescripción de la acción, compensación y pago, entre otras.

¹ Cfr archivo 08 del expediente digital.



La Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. sostuvo que el traslado es un acto válido, existente, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, al realizarse por parte de la demandante de forma libre y espontánea. Propuso en su defensa las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, entre otras.

Por su parte Colpensiones sostuvo que no se acredita falta al deber de información en la afiliación y que durante todo el tiempo de su afiliación al RAIS la demandante efectuó el pago de sus aportes sin objeción o queja alguna. Propuso en su defensa las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, inexistencia de causal de nulidad, entre otras.

Frente a las súplicas de la demanda, la *aquo* declaró la ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad a partir del 1º de junio de 1999 por intermedio de Colmena Pensiones y Cesantías, hoy Protección S.A. y que igualmente quedó afectado de ineficacia su traslado a la AFP Colfondos S.A.; y condenó a Colfondos S.A. a trasladar a Colpensiones los dineros que recibió con motivo de la afiliación de la demandante como aportes pensiones, cotizaciones, nonos pensionales y rendimientos, sin efectuar descuento alguno por concepto de gastos de administración, comisiones y pago de seguros previsionales; así mismo condenó a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones la totalidad de los dineros que descontó de los aportes realizados por la demandante.

b
~> *



Inconformes con la anterior determinación las apoderadas de la AFP Protección S.A. y Colpensiones interpusieron recursos de apelación los cuales fueron concedidos en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DE LOS RECURSOS

La apoderada de Protección S.A. interpuso recurso de apelación exclusivamente en contra de la orden de trasladar los valores descontados por concepto de gastos de administración y seguro previsional.

Para lo cual aduce en esencia que la declaratoria de ineficacia del acto trae consigo que el acto de traslado de la demandante es inexistente y que por ende de una aplicación uniforme de dicho efecto jurídico debería tenerse en cuenta como inexistentes los rendimientos y descuentos generados por concepto de gastos de administración; de manera que habría lugar a trasladar con destino a Colpensiones las cotizaciones íntegras del demandante, pero con el derecho de las AFP a conservar los rendimientos que se han generado como consecuencia de la función que han venido ejerciendo.

Señala que en un segundo panorama, se debe asumir que la afiliación de la accionante al RAIS en efectos es inexistente, pero que por ficción se debería considerar que los rendimientos se hubiesen generado en los mismos términos bajo la administración de Colpensiones, pero que en tal escenario, se tendría que reconocer que en escenario también se hubieran efectuado los descuentos por concepto de gastos de administración y seguro previsional; de manera que lo procedente sería el traslado de los rendimientos junto con el capital pero sin las sumas correspondientes a gastos de administración y seguro previsional.



Solicita adicionalmente se tenga en cuenta que dichas sumas de dinero se descontaron en virtud del principio de legalidad y confianza legítima, y que por tanto una condena en contra de su representada implica el desconocimiento de los referidos principios, así como un detrimento patrimonial significativo, en la medida que ya no cuenta con dichos recursos.

Finalmente aduce que, en tanto las sumas correspondientes a gatos de administración y seguros previsionales, no están llamadas a solventar las prestaciones económicas a cuales eventualmente tendría derecho la demandante, se estaría efectuando una doble erogación a su representada

no están llamadas a solventar las prestaciones económicas a las cuales tendrá derecho eventualmente la demandante, ni en Colpensiones ni este régimen pensional y en este sentido entonces estaría efectuando una doble erogación por parte de Protección S.A. con destino a Colpensiones lo que podría constituir para esa entidad en un enriquecimiento sin justa causa.

Por su parte la apoderada de Colpensiones solicita se revoque la decisión de primer grado en su totalidad, o en su defecto, se condicione el cumplimiento de la sentencia por parte de su representada al cumplimiento de la devolución de la totalidad de las sumas obrantes en la cuenta de ahorro individual de la demandante y se le absuelva de la condena en costas.

Aduce al efecto, que el deber de información se materializó con la expedición de la Ley 1748 de 2014 y el Decreto 2071 del 2015, pues antes de ello los fondos privados contaban exclusivamente con el consentimiento libre, voluntario y sin presiones vertido en el formulario de afiliación, para poder probar el conocimiento libre, voluntario y sin presiones e informado; pues la normatividad existente entre los años 1993 y 2014, no exigían nada diferente al documento de afiliación; de modo que en tanto el traslado de la



demandante se produjo hace más de dos décadas se configura la imposibilidad de demostrar la circunstancias que lo rodearon.

Solicita se analice si falta de información produce un efecto adverso como lo es la pérdida del régimen de transición, o si se trata de una situación en la que el afiliado no puede trasladarse y por no encontrarse de acuerdo con la mesada pensional, encuentra en esta clase de acciones la oportunidad para obtener un beneficio indebido; proceder que termina por socavar los principios fundamentales sobre los que se erige todo el sistema general de seguridad social.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la decisión de primera instancia resultó adversa a una entidad pública respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S., se dispuso asumir el conocimiento de la presente decisión en el grado jurisdiccional de consulta, en los aspectos no recurridos.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la nulidad del traslado de la demandante al Régimen de Ahorro Individual ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.



Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del Trabajo ha adoctrinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 10 de abril de 2019, radicado No. 56174 con ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga², posición que fue

² “En cuanto al cumplimiento de los deberes de información por parte de las AFP y su acreditación en el proceso, esta Sala en la sentencia CSJ SL4964-2018, afirmó que las simples manifestaciones genéricas del afiliado de aceptar las condiciones del traslado no eran suficientes y quien debía probar la diligencia y cuidado era quien estaba obligado a emplearla, en este caso la AFP. Su raciocinio fue el siguiente:

"Así que es la propia ley la que sanciona, con severidad, el incumplimiento íntegro de los deberes de información que les atañe e incluso, para la controversia aquí suscitada ello era determinante, de un lado porque la simple manifestación genérica de aceptar las condiciones, no era suficiente y, de otro, correspondía dar cuenta de que se actuó diligentemente, no solo por la propia imposición que trae consigo la referida norma, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, la prueba de la diligencia y cuidado incumbe a quien debió emplearlo y, en este específico caso ellas no se agotan solo con traer a colación los documentos suscritos, sino la evidencia de que la asesoría brindada era suficiente para la persona, y esto no se satisfacía únicamente con llenar los espacios vacíos de un documento, sino con la evidencia real sobre que la información plasmada correspondiera a la realidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 de la Ley 100 de 1993."

Frente al anterior aspecto, ha de agregarse el hecho de que la AFP demandada estaba en el deber de probar que su actuación estuvo revestida de la diligencia, cuidado y buena fe propias de una entidad que presta un servicio público, no solo por la obligación impuesta por el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, sino porque en los términos del artículo 1604 del Código Civil, acreditar dichos presupuestos incumbe a quien debió emplearlos y, como lo tiene adoctrinado esta Sala, tal circunstancia no se satisface solo con exhibir los documentos suscritos, sino con la evidencia de que la asesoría brindada era clara, comprensible y suficiente para la afiliada, por tanto, el diligenciamiento de los espacios vacíos de un documento, no es prueba real sobre que la información plasmada correspondiera a la veracidad y atendiera las pautas para que se adoptara una decisión completamente libre, en las voces del referido artículo 13 y 114 de la Ley 100 de 1993, como lo pretende demostrar el opositor con el anuncio inserto en el formulario de afiliación firmado por la demandante, en el que expresa que "Hago constar que realizo en forma libre, espontánea y sin presiones la escogencia al régimen de ahorro individual, habiendo sido asesorado sobre todos los aspectos de este, particularmente del régimen de transición, bonos pensionales y las implicaciones de la decisión...igualmente declaro que he sido informado del derecho que me asiste de retractarme dentro de los (5) días hábiles siguientes a la fecha de la presente solicitud".

Para la Corte existen unas reglas básicas en cuanto a la calidad de la información que deben recibir quienes manifiestan su interés de trasladarse de régimen pensional, especialmente para los beneficiarios del régimen de transición; la Sala en la sentencia CSJ SL, 3 sep. 2014, rad. 46292, determinó que no solamente debe orientarse al afiliado hacia los beneficios que brinda el régimen al que pretende trasladarse, que puede ser cualquiera de los dos (prima media con prestación definida o ahorro individual con



reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro del que se encuentra la sentencia SL 1688 del 8 de mayo de 2019; y aun cuando no se desconoce que al tenor de lo dispuesto en el artículo 7º del C.G.P. es posible separarse del precedente jurisprudencial, también lo es, que esta Sala de Decisión comparte en su integridad el criterio sentado en las sentencias antes referidas.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar que, el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a esta clase de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

En este mismo sentido, es importante tener en cuenta que siendo el deber de información una obligación de los fondos de pensiones, en virtud de lo

solidaridad), sino además el monto de la pensión que en cada uno de ellos se proyecte, la diferencia en el pago de los aportes que allí se realizarían, las implicaciones y la conveniencia o no de la eventual decisión y obviamente la declaración de aceptación de esa situación. Esas reglas básicas, permiten en caso de controversia estimar si el traslado cumplió los mínimos de transparencia, y de contera, sirven de soporte para considerar si el régimen de transición le continuaba o no siendo aplicable.

En este orden, se tiene que la demandada en las oportunidades procesales correspondiente omitió acreditar, por fuera del formato de traslado, que brindó a la actora una información, clara, comprensible y suficiente, que le permitiera discernir sobre las consecuencias del traslado, en especial sobre la pérdida del régimen de transición, ejercicio y asesoría que no requería de mayores proyecciones financieras y actuariales, si se tiene en cuenta que la actora, en el momento del traslado, estaba a menos de cinco años de cumplir los requisitos legales para obtener la pensión mínima de vejez, prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, pues contaba con más de 500 semanas cotizadas al ISS al momento de configurarse el traslado de régimen pensional.”.



dispuesto en el artículo 167 del C.G.P. al afiliado le basta indicar que se incumplió tal deber u obligación, para que sea la demandada, si se opone a ello, quien tenga la obligación de demostrar lo contrario, pues la aseveración que en tal sentido efectúa el accionante constituye una negación indefinida.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que en su momento la AFP Colmena debió ofrecer a la demandante una información clara, completa y oportuna acerca de las características de uno y otro régimen; sin embargo, de los medios de prueba decretados y practicados dentro del proceso, no es posible advertir que se le hubiere expuesto de forma clara las condiciones conforme con las cuales podía acceder al reconocimiento de la prestación de vejez, así como los beneficios que ofrece el régimen que ésta administra, comparándolo con las condiciones y beneficios del régimen de prima media con prestación definida; obligación que por demás, conviene recordar a la recurrente, surgió desde la propia creación de las Administradoras de Fondos de Pensiones de acuerdo con lo que al efecto preveía el Decreto 663 de 1993 en su artículo 97.

Conviene precisar que las dificultades probatorias que pone de presente la apoderada de Colpensiones, en modo alguno constituyen un elemento de juicio suficiente para entender cumplido el deber de información o considerar suficiente para ello la presentación del formulario de afiliación, pues conforme se indicó, dicho medio de convicción por si solo no permite establecer el cumplimiento de tal obligación.

Dilucidado lo anterior, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral adoctrinó que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 *“la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado”*; motivo por el que ningún reparo merece a la Sala la determinación acogida por la servidora judicial de primer grado.



Por consiguiente, la Sala avala la declaratoria de ineficacia del traslado de la demandante al régimen de ahorro individual con solidaridad efectuado a la AFP Colmena, hoy Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., y su consecuente traslado a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando que, ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad, densidad de cotizaciones o ser beneficiario del régimen de transición, pues los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional y acceder a tal argumento comporta permitir que el deber de información a que se ha hecho referencia únicamente sea exigible frente a los posibles afiliados que son beneficiarios del régimen de transición.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 8 de septiembre de 2008, radicado No. 31989, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que como a la fecha la demandante a la fecha se encuentra afiliada a la AFP Colfondos S.A., es ésta quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos, incluyendo adicionalmente las cuotas de administración y demás presupuestos existentes en el RAIS, y así mismo, la AFP Protección S.A. se encuentra obligada a devolver las sumas que recibió por concepto de gastos de administración durante el periodo en que la demandante estuvo afiliado; motivo por el que se confirmará la determinación adoptada por el servidor judicial de primer grado sobre el particular.



En este punto corresponde precisar que no se considera procedente permitir que las administradoras de fondos privados conserven las sumas que descontaron por concepto de gastos de administración, pues se reitera con ocasión a la declaratoria de la ineficacia del traslado se entiende que estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones, como si la demandante siempre hubiere permanecido en dicho régimen, sin que ninguna injerencia tenga frente a ello la generación de rendimientos financieros, pues tal como lo enseñó el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en lo laboral en la sentencia proferida dentro radicado No. 31.989, “*Las consecuencias de la nulidad de la vinculación respecto a las prestaciones acaecidas no es plenamente retroactiva como lo determina la normatividad del derecho privado, la que no tienen cabida enteramente en el derecho social, de manera que a diferencia de propender por el retorno al estado original, al momento en que se formalizó el acto anulado, mediante la restitución completa de las prestaciones que uno y otro hubieren dado o recibido, ha de valer el carácter tutelar y preservar situaciones consolidadas ya en el ámbito del derecho laboral ora en el de la seguridad social*” lo que de contera, no permite a la administradora del régimen de ahorro individual demandada retener el valor de los gastos de administración, sino que permite al afiliado conservar los rendimientos causados.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante la excepción de prescripción, teniendo en cuenta que, si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es que, al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados.

Finalmente, en punto al desconocimiento del principio de sostenibilidad financiera a que aluce el apoderado de Colpensiones, basta señalar que ya la máxima Corporación de justicia laboral ha tenido la oportunidad de indicar que en los casos de ineficacia además de ordenarse el traslado de todas las



sumas que conforman la cuenta de ahorro individual, ninguna autoridad estatal puede invocar la sostenibilidad fiscal para menoscabar derechos fundamentales, restringir su alcance o negar su protección efectiva <<SL-2059 de 2022>>.

Ahora; en punto al condicionamiento de las condenas impuestas en contra de Colpensiones, considera la Sala que no resulta procedente acceder a ello en tanto implica imponer cargas administrativas que el afiliado no tiene que soportar; sin embargo, como quiera que para dar cumplimiento a la orden impartida la Administradora Colombiana de Pensiones debe contar con los recursos y el extracto detallado de los pagos y ciclos cotizados por la actora, bajo una nueva orientación, considera la Sala que resulta oportuno, ordenar a las Administradoras de Fondos de Pensiones del RAIS que en el término de treinta (30) días hábiles dé cumplimiento a las órdenes impartidas en su contra.

Hasta aquí el análisis de la Sala, costas en esta instancia a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO.- ADICIONAR la sentencia proferida en el sentido de ordenar a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A. y

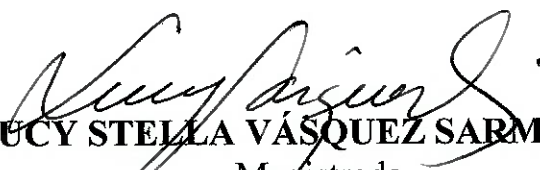


Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, que en el término de treinta (30) días hábiles, den cumplimiento a las órdenes que les fueron impartidas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión..

SEGUNDO.- CONFIRMAR en lo demás la sentencia proferida por el Juzgado 21 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del asunto de la referencia.

TERCERO.- COSTAS a cargo de la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Protección S.A., para su tasación inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$400.000,00

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA LABORAL

Bogotá, D. C., veintinueve (29) de octubre de dos mil veintiuno (2021)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: radicación No. 11-001-31-05-024-2017-00633-01. Proceso ordinario de Linda Johana Rodríguez Arciniegas contra Sanofi Aventis de Colombia S.A. (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la parte actora frente a la sentencia proferida por el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá, el 5 de febrero de 2019.

ANTECEDENTES:

La señora LINDA JOHANA RODRÍGUEZ ARCINIEGAS convocó a la sociedad SANOFI AVENTIS DE COLOMBIA S.A., para obtener mediante los trámites propios del proceso ordinario: se declare que el salario percibido se encuentra conformado por el sueldo básico anual, el bono anual por rendimiento, la cuota de sostenimiento del club social y el bono de retención, y que como consecuencia de las anteriores, se condene a la reliquidación de las vacaciones, indemnización por despido sin justa



causa, salario faltante por bono de retención, concepto último que no ha sido cancelado, la indemnización moratoria por el no pago oportuno de prestaciones sociales, la indexación de las condenas impuestas y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que suscribió contrato de trabajo con la compañía Boehringer Ingelheim S.A. (BI) el 22 de marzo de 2001, para desempeñar el cargo de gerente de mercadeo Consumer Health Care, con una asignación mensual por la suma de \$10.004.000 mensuales, devengando de forma habitual un pago denominado como bono por resultados por el período comprendido entre el 22 de marzo de 2001 y el 12 de marzo de 2017, el que se liquidaba por la gestión de la trabajadora y que al año 2016 ascendió a la suma de \$60.642.015; que le fue comunicado por BI el cambio de sus condiciones laborales el 9 de diciembre de 2002, siendo promovida a Gerente División Consumer Health Care, pactando un salario por la suma de \$11,970.000, percibiendo un pago variable por el monto de \$1.316.000, más un bono por resultados que pasaría de 16.7% al 20% del paquete anual, junto con un pago por recreación o costo mensual del club desde el 1º de enero de 2017 y el hasta el 12 de marzo de 2017; que percibió un bono de retención el 18 de diciembre de 2015 por continuar laborando para Sanofi, que tenía dos valores, el primero era por el pago de 3 meses de salario por parte de BI y otras 6 meses por parte de Sanofi; que le fue comunicada por parte de BI, el incremento salarial que sería aplicado a partir del 1º de abril de 2016 y hasta marzo de 2017, otorgando el pago por resultados obtenidos en el año 2015, indicándosele a la trabajadora que las condiciones se mantendrían por espacio de dos años; que el 27 de enero de 2017 Sanofi le informó a la trabajadora el cambio unilateral de las condiciones que percibía la trabajadora de forma unilateral; que se dio por terminado el contrato de trabajo a término indefinido de forma



unilateral y sin justa causa por parte de la empleadora el 10 de marzo de 2017; que a la fecha de terminación del contrato de trabajo se realizó la liquidación final de prestaciones sociales incluyendo el salario integral, bono por rendimiento anual, valor beneficio club mensual y bono especial, decisión con la que no estuvo de acuerdo la hoy demandante frente a su proceso de despido y pago de liquidación, indicándose por parte de la encartada que revisaría el procedimiento; que de igual forma, le fue informado que se le pagaría el bono de retención y por resultados, no obstante, que el mismo no era constitutivo de salario; que transcurrido 20 días desde el despido, recibió una transferencia por la suma de \$279.919.829, sin que se hubieran comunicados los conceptos del pago; que la actora envió correo electrónico en el que efectuó requerimiento en mora por no pago de la liquidación laboral el 31 de marzo de 2017, el que fue desatado el 8 de mayo de la misma anualidad, quienes anexaron por primera vez la liquidación final de prestaciones sociales; que mediante reunión concertada entre las partes el día 17 de julio de 2021, se trató la situación laboral de la ex trabajadora, sin que se hubiere obtenido respuesta alguna.

Frente a dichas súplicas, la aquo absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, al considerar que del bono anual por rendimiento, el bono de retención y el pago mensual del club social, no hacen parte integrante del salario, al encontrarse excluidos de conformidad con lo dispuesto en el artículo 128 del C.S.T., advirtiéndole, que si bien algunos de ellos eran habituales, también lo es, que se pactó la desalarización de tales conceptos por las partes, así como, que no enriquecían el patrimonio de la trabajadora.

Inconforme con la decisión anterior, la parte actora interpuso recurso de apelación, solicitando se revoque la decisión de primer grado y en su



lugar se accedan a las pretensiones de la demanda. Lo anterior, por cuanto frente al bono de rendimiento, de conformidad con la lectura de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, la misma da pie para que discrepar de la conclusión de primer grado, lo anterior, por cuanto la misma ha intentado que no prevalezca la forma sobre la sustancia, al punto que no importa el nombre que se le otorgue, puede ser constitutivo de salario, siempre y cumpla los dos requisitos, el primero que sea remuneración directa del servicio y el segundo su habitualidad, los que son acreditados en el proceso, por cuanto remuneran el servicio que prestaba la demandante y no se otorgaban por mera liberalidad del empleador o por el reparto de utilidades globales. Así mismo, por cuanto si bien el despacho tuvo en cuenta el testimonio de la encargada de recurso humanos de BI, la misma indicó que el 70% del bono de rendimiento era factor salarial y el 30 restante era por el rendimiento global de la compañía, lo que constituye un medio de prueba del factor salarial del mismo y que fue comunicada por la misma demandada a través de dicha representante, por lo que se debió conceder el 70% como factor salarial y reliquidar las prestaciones sociales, más aún, cuando se otorga por el desempeño del trabajador y va ligado a lo indicado por el representante legal de la demandada, pues adujo que se requería la intervención del jefe de la demandante y sobre el tema de la habitualidad, el mismo despacho lo reconoce como tal al punto que el pago se realizaba de forma anual, sin que se advierta la mera liberalidad pues tal factor se obtiene al aplicar una simple operación matemática aplicando el porcentaje respectivo, por lo que sin importar la sustitución patronal, se debería mantener en los mismos términos.

Ahora bien, frente al bono de retención enfatiza que en la demandada se solicitó tenerse como factor salarial, así como, que se estudiara si era o no procedente su pago, advirtiendo que si bien existen los documentos



que acreditan que el mismo no era constitutivo de salario, las mismas fueron establecidas de forma unilateral por parte de BI y Sanofi y que fueron modificadas, sin que recibir un documento pueda dar a entender la aceptación de las mismas, más aún, cuando el documento establece que debe estar por un período de 6 meses después de la negociación y si se atienden las consideraciones del Juzgado, se garantizaba la continuidad en su cargo para el pago del bono, no obstante, quien terminó el contrato de trabajo de forma unilateral y sin justa causa fue Sanofi, pues la demandante hubiere continuado después del proceso de negociación, de lo que se advierte que habría lugar al bono por el despido sin justa causa.

Finalmente, en lo que tiene que ver con la indemnización moratoria, manifiesta que si bien la jurisprudencia de la Corte Suprema ha establecido los principios de razonabilidad y buena fe, no obstante, la sí se tiene en cuenta unos procedimientos para actuar por el trabajador, de que si era bono o no, que si se tiene en cuenta el club social o no, pero no se comprende cómo se desvincula a un trabajador y no se tuviera la liquidación lista, teniendo que esperar más de 20 días para su pago, sin mediar justificación alguna, al punto, que el representante legal manifestó de forma indirecta que no quiso realizar el pago, ya que la decisión de optar por el beneficio del vehículo, postulado contrario a la buena fe y que implicaba el pago automático de la liquidación final de prestaciones sociales, teniendo en cuenta que es una multinacional con suficientes herramientas para calcular la liquidación a la terminación del contrato de trabajo.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES



Teniendo en cuenta que no fue objeto de discusión, la existencia del vínculo laboral, así como la finalización del mismo, la Sala entrará a determinar si con los medios de prueba arrimados al plenario se logra establecer que el bono anual por rendimiento, bono por retención y la cuota de sostenimiento del club social, hacen parte integrante del salario; y de ser afirmativo el anterior postulado, establecer si hay lugar a la reliquidación y pago de la prestaciones sociales, vacaciones, así como, determinar si hay o no lugar al pago de la indemnización moratoria por la tardanza en el pago de la liquidación final de prestaciones sociales.

En ese orden de ideas, se advierte que la parte actora afirma que el salario debió componerse por la suma mensual pagada por el empleador y por unos beneficios denominados como “*BONO ANUAL POR RENDIMIENTO, BONO POR RETENCIÓN Y LA CUOTA DE SOSTENIMIENTO DEL CLUB SOCIAL*”, pedimento al que se opone la demandada bajo el sustento que estos desde el inicio de dicho beneficio se pactó como no constitutivo de salario, aunado, con que ellos tenían una destinación específica, por lo que no eran remuneratorios de la prestación del servicio.

De acuerdo con lo anterior, se hace necesario establecer, que SALARIO es lo que recibe el trabajador ya sea en dinero o en especie como contraprestación directa de su servicio¹; sin embargo, se debe traer a estudio lo establecido en el artículo 128 del C.S.T., que dispone:

“ARTICULO 128. PAGOS QUE NO CONSTITUYEN SALARIOS. <Artículo modificado por el artículo 15 de la Ley 50 de 1990. El nuevo texto es el siguiente:> No constituyen salario ..., ni los beneficios o auxilios habituales u ocasionales acordados convencional o contractualmente u otorgados en forma extralegal por el {empleador}, cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero

¹ Art. 127 del C.S.T.



o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario, las primas extralegales, de vacaciones, de servicios o de navidad."

Atendiendo la norma anterior, vemos que si bien por salario se entiende todo lo percibido por el trabajador, también lo es, que existen pagos que no hacen parte de este, por cuanto no enriquecen el patrimonio del trabajador, sino que se conceden para el desempeño cabal de sus funciones.

De acuerdo con lo anterior, la actora y la encartada desde la misma celebración del contrato de trabajo visible a folios 129 a 131 del plenario, pactaron en la cláusula 3ª y 8ª lo siguiente:

"TERCERA.- Las parte de común acuerdo convienen que no constituyen salario en dinero ni en especie, según lo señalado en el artículo 15 de la Ley 50 de 1990, los siguientes conceptos: a) Subsidio de Alimentación: EL EMPLEADOR reconoce el mayor valor que cancela por suministro de alimentación en las instalaciones de la empresa. b) Elementos de Transporte: EL EMPLEADOR reconocerá medios de transporte necesarios para desempeñar a cabalidad las funciones de los cargos que por su misma naturaleza exi[j]an que EL TRABAJADOR se movilice continuamente dentro de su zona de trabajo, los cuales específicamente determinará. C) Primas extralegales de navidad, de servicio, de vacaciones o de carestía: Que ocasionalmente y por mera liberalidad reciba EL TRABAJADOR del EMPLEADOR. d) porcentaje de la Póliza de Hospitalización y Cirugía: EL EMPLEADOR reconocerá y pagará un porcentaje del valor mensual de la póliza de hospitalización y cirugía que fijará anualmente.

OCTAVA.- PLAN DE BONIFICACIONES. Las partes acuerdan que la suma del plan de bonificaciones a que llegue a tener derecho EL TRABAJADOR no constituye salario en dinero ni en especie de acuerdo al Artículo 15 de la Ley 50 de 1990. Este Plan de Bonificaciones y su reglamento se tendrá como anexo a) del presente contrato."

Atendiendo lo expuesto, se advierte que desde la suscripción del contrato de trabajo se pactó que cualquier clase de remuneración adicional que



devengara la trabajadora, no podría ser tenida en cuenta como factor salarial, sin embargo, tal como lo ha señalado la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación laboral en su reiterada jurisprudencia, no importa la denominación que se le otorgue a los conceptos que retribuyan al trabajador, sino que por el contrario se debe establecer si en efecto remuneran el servicio y sirven para enriquecer el patrimonio del trabajador, requisitos que deben ser acreditados.

En ese orden de ideas, se encuentra que a folio 153 del Plenario se establece el bono anual, en los siguientes términos:

“Además la empresa le reconocerá un Bono Anual de compañía del 25.0% sobre su paquete de sueldo anual; este Bono depende de los resultados del negocio, en consecuencia pactas que no es salario, ni constitutivo de factor salarial en dinero ni en especie, de acuerdo al Art1 15 de la Ley 50/90. Será cancelado en el año 2010, de acuerdo al cumplimiento der los objetivos acordados en su MAG del 2009 y los resultados de la compañía lo cual está reglamentado en las políticas internas. Así mismo para tener derecho al Bono, se requiere estar vinculado a la compañía cuando el resultado de la misma sea aprobado y comunicado por el Comité Ejecutivo; si usted se desvincula por cualquier causa antes de que ocurra este hecho, no tiene derecho al Bono.”.

El anterior bono se mantuvo con la sustitución patronal que se originó entre BI y Sanofi Aventis de Colombia S.A., pues en el numeral tercero de la carta denominada como *Carta de transferencia – Sustitución Patronal*, que se encuentra a folio 44 a 46 del plenario, se indicó que continuaría percibiendo el bono anual target por objetivos, el que ascendería a la suma de \$68.213.611.

Así mismo, se escuchó el interrogatorio de parte de la demandante frente a dicho beneficio, quien indicó que el bono anual de rendimiento se



cancelaba de forma anual el que dependía de la evaluación de rendimiento de los resultados del año inmediatamente anterior, que era aprobado por el jefe inmediato y con posterioridad cargado al sistema, para que se liquidara y pagara en el mes de abril, atendiendo el cumplimiento de los objetivos propuestos para cada anualidad.

Así mismo, se escuchó la declaración de la señora María Elvira Rodríguez Alaba, quien señaló que el bono de desempeño o resultados que se pagaba anualmente, que el mismo dependía en un 70% del rendimiento del trabajador de acuerdo con los objetivos propuestos para el mismo y en un 30% de los resultados de los objetivos propuestos mundiales, regionales o locales de la compañía; de igual forma, si bien la misma manifestó que el 70% del bono era factor salarial, también lo es, que el entendimiento total de la declaración rendida, al parecer se dirigía a informar que el 70% dependía de forma exclusiva de la trabajadora, más no que el mismo debería ser tenido en cuenta como factor salarial.

De acuerdo con lo anterior, resulta evidente que si bien se realizó el pago de un bono anual por parte de BI en un principio y con posterioridad se mantuvo tales condiciones con la sustitución patronal por parte de Sanofi Aventis de Colombia S.A., así como que el mismo tal como lo refiere el extremo activo, no era un reparto de utilidades, también lo es, que dicho pago se realizaba por el cumplimiento de unos objetivos o metas que se entregaban tanto a la trabajadora de forma particular, como a la totalidad de la compañía, debiéndose acreditar el cumplimiento de estos, ya fuere de forma mundial, regional o local, situación que se aviene con la declaración rendida por la propia actora, pues la misma informó que dicho pago se generaba previa evaluación del cumplimiento de los objetivos del año anterior, de lo que se denota que una parte de dicho bono dependía de forma exclusiva de su servicio, no obstante, el restante

porcentaje era del cumplimiento grupal de la compañía, por lo que no se puede decir, que dependiera de forma exclusiva o que remunerara tan solo su servicio, sino que era un incentivo del empleador, para el cumplimiento de metas individuales y colectivas, por lo que no es posible tener el bono anual como factor salarial, pese a la habitualidad en su pago, que como su nombre lo indica era anual, pues se reitera, para su pago no dependía exclusivamente de la trabajadora, ni del servicio por ella desempeñado, situación que además se encuentra acorde, con las liquidaciones efectuadas a la trabajadora por dicho concepto², en la que se deja constancia que el pago de efectuado era por mera liberalidad, documento que era suscrito por la demandante, teniendo conocimiento acerca de la no salarización del bono, debiéndose confirmar la decisión de primera instancia.

Ahora bien, frente al Bono por retención, se evidencia que se aportó copia por la parte actora del documento visible a folio 41 y 42 del plenario, sin embargo, dicho documento viene escrito en otro idioma, sin que se cumplan con los requisitos necesarios para que sean tenidos en cuenta como medio de prueba, pues el mismo, debió ser transcrito de forma oficial al idioma español, por intermedio del Ministerio del Interior y de Justicia, por lo que no es posible darle valor alguno a dicho documento.

Así mismo, se encuentra a folio 164, documento aportado por la encartada con su traducción oficial, en la que se indica al respecto:

“Queremos agradecerle personalmente su compromiso y excelente aporte. Es un gran placer presentarle su primer pago del Premio de Retención Especial (Special Retention Award).

² Cfr. Fl. 161 y 162.



Según los Término y Condiciones, la cuantía de este primer pago de contado es COP\$85.267.013 bruto (equivalente al 25% de su salario base anual). Este premio se pagará en diciembre y se pagará por Boehringer Ingelheim, neto de aquellas deducciones que la ley exige. Este pago es contingente de su empleo continuo con Boehringer Ingelheim, hasta la fecha del cierre.

Según se estableció en la comunicación original a usted, Sanofi se comprometió con un segundo premio excepcional, equivalente a 6 meses de su salario base. Este otro premio se pagará en una suma de contado, por Sanofi, 6 meses después del cierre de la transacción, siempre y cuando usted se mantenga empleado con continuidad con Sanofi o alguna de sus subsidiarias, directa o indirectamente, hasta la fecha que sea 6 meses después del cierre de la transacción. (...)”.

Así las cosas, se evidencia que el pago de dicho bono en cuanto a la primera pretensión, no puede ser tenido como factor salarial que implique la reliquidación de las prestaciones sociales, pues del documento anterior, se evidencia que dicho pago obedece a la transacción que se realizó entre Boehringer Ingelheim y Sanofi Aventis, más no, a la prestación propia del servicio de la señora Rodríguez Arciniegas, pues tal y como se desprende del escrito, la única condición que se impuso para su pago, era ser trabajadora en un primer momento de Boehringer Ingelheim, situación que se cumplió en una primera parte por la ex trabajadora y que generó el pago por dicha compañía, sin que se pueda determinar que como enriquece el patrimonio de la hoy demandante, es un factor salarial, pues por el contrario, se reitera, no se otorgó por la prestación personal del servicio, sino con ocasión del contrato que se suscitó entre las compañías, por lo que no es posible tenerlo como factor salarial, al encontrarse dentro de las posibilidades contempladas en el artículo 28 del C.S.T.



Ahora bien, frente a la falta de pago que se aduce por el extremo activo a la terminación del contrato de trabajo, es necesario precisar, que tal como se dejó sentado, para la causación del mismo por parte de la trabajadora y con cargo a Sanofi Aventis, era necesario que se la señora Linda Johana Rodríguez Arciniegas permaneciera por 6 meses después del cierre de la transacción, situación que según el propio dicho de la actora en su interrogatorio de parte, se originó el 1º de enero de 2017, por lo que el vínculo laboral debió permanecer por los menos hasta el 30 de junio de la misma anualidad para que se originara su pago, situación que además se encuentra conforme con el documento visible a folios 176 a 185, que cuenta con su traducción oficial³, en el que se plasma el contrato de compra y venta comercial entre Boehringer Ingelheim S.A. y Sanofi Aventis de Colombia S.A., por lo que bajo tales presupuestos, al no cumplirse con el período mínimo de permanencia en la compañía Sanofi Aventis por la ex trabajadora, no surge derecho al pago del bono de retención por la encartada.

Ahora bien, frente al dicho del extremo activo, que fue la propia demandada quien finalizó el contrato de trabajo y por ello no se continuó con la prestación del servicio por parte de la demandante, lo que conllevó al no cumplimiento de los 6 meses que se imponen para su causación, se advierte que el documento al que se ya se refirió la Sala de Decisión, no impone supuesto o presupuesto alguno diferente a los 6 meses de permanencia, sin determinar situación alguna referente a sí el vínculo laboral se termina por parte del trabajador o del empleador, por lo que no es viable partir de supuestos que no se encuentran acreditados en el plenario.

³ Cfr. Fl. 186 a 193.



Finalmente, en lo atinente con la indemnización moratoria contemplada en el artículo 65 del C.S.T., equivalente a un día de salario por cada día de retardo en el pago de la liquidación final de salarios y prestaciones sociales, es necesario precisar, que tal como lo ha desarrollado la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral a lo largo de su jurisprudencia, la misma no es de aplicación inmediata, sino que se deben estudiar las causales que justifican ya sea la omisión o tardanza del pago.

En ese orden de ideas, se encuentra a folio 165 del plenario, copia de la carta de terminación del contrato de trabajo de forma unilateral y sin justa causa por parte de la sociedad Sanofi Aventis de Colombia S.A., en la que se le informa que el vínculo laboral finiquitaría el 10 de marzo de 2017, entregándose en la misma fecha, copia de la solicitud de exámenes médicos de retiro y certificación laboral, en la que constan los extremos del contrato, el salario devengado y la forma de finalización del mismo.

De igual forma, se le entregó carta a la demandante en la misma data, en la que se le solicitó informara si deseaba adquirir el vehículo a ella asignado, para lo cual debería pagar el 60% del avalúo del automotor, quedando pendiente de si deseaba acogerse a dicho beneficio.

Así mismo, obra liquidación final de prestaciones sociales visible de fecha 24 de marzo de 2017⁴, en la que no solo se incluyen sus prestaciones sociales y vacaciones no disfrutadas, sino que además se liquida la indemnización por terminación del contrato de trabajo, así como, copia de la transferencia efectuada a la ex trabajadora de fecha 5 de abril de 2017, en la que se procede con la consignación respectiva.

⁴ Cfr. Fl. 170, 171 y 173.



En igual sentido, se advierte que la demandante mediante escrito de fecha 31 de marzo de 2017, que al parecer fue recibido el 5 de abril de la misma anualidad, elevó petición en la que informó que persiste el incumplimiento del pago de la liquidación final de prestaciones sociales y en el mismo informa que ejercería el derecho de compra del vehículo asignado a ella, por lo que autorizaba que del saldo le fuera descontado el valor del automotor y otorgó un pazo de tres días hábiles para que procediera con el pago de sus prestaciones.

Así las cosas, de los medios de prueba se advierte que si bien se presentó una tardanza en el pago de la liquidación final de prestaciones sociales por parte de la encartada por espacio de 25 días calendario, también lo es, que existe justificación para dicha tardanza, no solo por el trámite administrativo aducido por el representante legal de la compañía demandada, sino que además, se encontraba pendiente la decisión de la ex trabajadora de optar por no por el vehículo que le había sido asignado durante su permanencia en la compañía, decisión que no se dio sino hasta el 5 de abril de 2017, o el 31 de marzo de la misma anualidad, produciéndose bajo tal entendido, el pago el 5 de abril de 2017, esto es, cinco días después de manifestar su intención de compra, término que es a todas luces razonable para proceder con el pago de la liquidación final de prestaciones sociales.

Finalmente, en lo concerniente con que se debió pagar la liquidación final al momento de procederse con la terminación del vínculo laboral, atendiendo a que era la pasiva quien terminaba el contrato de trabajo, debe advertirse que si bien tal argumento es comprensible, también lo es, que se debían acreditar los trámites administrativos respectivos y que la actora autorizara el descuento por el vehículo al que se ha hecho mención, encontrándose debidamente acreditada la tardanza para el pago

que la liquidación y por consiguiente la indemnización moratoria que se reclama.

En ese orden de ideas, no queda otro camino que **CONFIRMAR** la decisión de primer grado, sin que se haga necesario efectuar pronunciamiento alguno referente a la absolución de la cuota de sostenimiento del club social, teniendo en cuenta que no se efectuó contradicción o reparo alguno por la parte interesada mediante el recurso de apelación.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de primera instancia cargo de la demandante y sin ellas en la alzada.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SIN COSTAS** en esta instancia, las de primera estarán a cargo de la demandante. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada



LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada

LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta (30) de septiembre de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05-025-2019-00489-01. Proceso Ordinario de Aniceto García Torres contra Colpensiones (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., día y hora previamente señalados para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por las apoderadas de las partes frente a la sentencia proferida por el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá el 22 de julio de 2020; así como, el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública, frente aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, se condena al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, teniendo en cuenta un total de 825.4 semanas, junto con los intereses de mora y las costas del proceso.

Dichas súplicas tienen respaldo en la narración que efectuó el demandante, según el cual nació el 30 de marzo de 1955; que cotizó al ISS hoy Colpensiones



un total de 825.43 semanas; que le fue reconocida pensión sanción de conformidad con lo dispuesto en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, prestación que se encuentra a cargo del Fondo de pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, a partir del momento en que cumplió 60 años y fue despedido sin justa causa por la EDIS, con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 y en la que no se tuvo en cuenta ningún tiempo cotizado al seguro social; que elevó solicitud de reconocimiento de la indemnización sustitutiva el 3 de abril de 2018, la que fue negada por la entidad y con la que se acredita el agotamiento de la vía gubernativa.

El *aquo* condenó a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez por el período comprendido entre el 11 de marzo de 1977 y el 8 de abril de 2014, calculando la misma en la suma de \$25. 704.783 y absolvió de los demás pedimentos elevados. Lo anterior, por cuanto si bien con los documentos que reposan en el plenario se advierte que al actor le fue reconocida pensión sanción mediante resolución No. 1736 del 5 de octubre de 2015, a cargo del Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, también lo es, que la indemnización reclamada es compatible con dicha prestación, en el entendido que una se encuentra a cargo del empleador del demandante y la otra con ocasión de los recursos efectuados al Sistema General de Pensiones.

Inconformes con la anterior decisión, las apoderadas de las partes interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad correspondiente.

La apoderada de la parte actora, solicitó se revoque de forma parcial la decisión adoptada, en el sentido de que se condene al pago de los intereses moratorios reclamados, teniendo en cuenta que al revisarse la SU 12052 del 7 de julio de 2017, fue la resolución que cambió el argumento mediante el que se le indicó al actor que no se reconocía la prestación por tener una pensión



sanción y es a partir de allí que se reclaman los intereses moratorios, pues cumplía con la edad y los aportes se realizaron hasta el año 2014, de lo que se advierte la mala fe de la demandada, por lo que deben prosperar los intereses del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, enfatizando que si bien se otorgan solo para pensión, se debe tener en cuenta que la prestación ayuda para la manutención del demandante, pues la pensión recibida constituye un mínimo, conforme con la resolución y el acervo probatorio, de acuerdo con el artículo 48 y 50 de la Constitución y la jurisprudencia reciente, son procedentes los mismos.

Por su parte, la apoderada de la demandada Colpensiones solicitó se revoque en su integridad la sentencia proferida y en su lugar, se absuelvan de las súplicas de la demanda. Lo anterior, por cuanto no es posible que el RPM pueda entregar los aportes al actor fruto de su cotización, pues conforme con el art 115 de la ley 100 de 1993, esos aportes sirven para financiar las prestaciones de los afiliados en el RPM y en el caso bajo estudio, obra una resolución emitida por el Fondo de Ferrocarriles de Colombia que reconoce pensión de jubilación sanción a partir del 30 de marzo de 2015, por lo que la prestación es incompatible, conforme con la sentencia C 382 de 1998, M.P. Dr. Fabio Morón Díaz, en la que se establece que el empleador tiene dos posibilidades, pagar los aportes adeudados al Sistema General de Pensiones hasta el momento en que se reconozca el derecho pensional o no pagar los mismos y asumir la prestación, por lo que la pensión sanción tuvo un marco de carácter indemnizatorio, pero que al asumirse los riesgos de vejez por el ISS, la jurisprudencia emanada de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicó que eran concurrentes, conclusión que fue cambiando, hasta reconocer que la pensión sanción tiene la misma naturaleza de la pensión de vejez, situación por la que retiró del ordenamiento la pensión sanción por parte del legislador. Así mismo, la pensión sanción es de carácter prestacional, por lo que el mismo tiene varias alternativas y puede seguir



pagando las cotizaciones hasta que se reconozca la pensión de vejez, fundamentos por los que se deben desestimar las súplicas de la demanda.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

El análisis de la Sala se circunscribe a determinar si resulta procedente el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a favor del demandante, por cuenta de los aportes que acumula ante la demandada; a pesar de que percibe pensión sanción por parte del Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia.

Con tal propósito corresponde determinar en primer término si el demandante acredita los requisitos legales para acceder al reconocimiento de la indemnización sustitutiva y de ser así, si este beneficio resulta compatible con la pensión sanción que actualmente percibe.

En ese orden, comienza la Sala por señalar que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, son tres los requisitos que el Legislador previó para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, el primero de ellos es que el afiliado haya cumplido la edad para el reconocimiento de la pensión de vejez, el segundo es que no haya alcanzado la densidad de semanas necesaria para el reconocimiento de la prestación; y el tercero, que manifieste la imposibilidad de continuar cotizando al Sistema General de Pensiones.

Revisado el expediente, se observa que el demandante acredita los requisitos necesarios para proceder con el reconocimiento de la indemnización deprecada, pues con la fotocopia de la cédula de ciudadanía del actor que



reposa a folio 29 del plenario, se desprende que el demandante nació el 30 de marzo de 1955; que prestó sus servicios a varios empleadores, efectuando cotizaciones por un total de 825.43 semanas y manifestó ante la demandada la imposibilidad de continuar cotizando, teniendo en cuenta que suscribió el formulario denominado como “*FORMATO PARA SOLICITUD DE INDEMNIZACIÓN*”, en el que manifiesta su imposibilidad para seguir cotizando, así como, elevó la solicitud respectiva ante Colpensiones para la concesión de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez el 3 de abril de 2018¹.

De acuerdo con lo anterior, se puede concluir que el demandante no acreditó los requisitos exigidos en la Ley 100 de 1993, modificada por la Ley 797 de 2003, que imponen que para el caso de los hombre debe contar con 62 años de edad y 1300 semanas cotizadas en su vida laboral, sin embargo, se reitera, que cotizó un total de 825.43 semanas, las que son insuficientes para el reconocimiento del derecho pensional; por lo que bajo tales premisas, acreditaría los supuestos exigidos en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993.

En tal sentido, establecidos como se encuentran los supuestos previstos para el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, corresponde determinar si la misma resulta compatible con la pensión que actualmente percibe el demandante por parte del Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacional de Colombia.

Con tal propósito interesa a la Sala precisar que la pensión sanción que se reconoció al demandante por parte del Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, le fue reconocida mediante la Resolución No. 1736 del 5 de octubre de 2015, dicha prestación le fue reconocida conforme con lo establecido en el artículo 8 de la Ley 171 de 1961 y el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, en la que se tuvo en cuenta los

¹ Cfr. Fls. 30 a 33 del Plenario.



tiempos de servicio prestados a la Empresa de Ferrocarriles Nacionales de Colombia por el interregno comprendido entre el 14 de julio de 1980 y el 15 de septiembre de 1991, realizando su pago a partir del cumplimiento de los 60 años del actor, que ocurrió el 30 de marzo de 2015

Dilucidado lo anterior, debe indicarse que en efecto es procedente el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en favor del actor, teniendo en cuenta que se reclama la misma respecto de los aportes efectuados por intermedio de empleadores privados y la pensión sanción reconocida, se originó producto del tiempo laborado a los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, de lo que se puede concluir, que las cotizaciones efectuadas por el señor García Torres a Colpensiones, no fueron tenidas en cuenta para el reconocimiento de la pensión sanción, por lo que se advierte, que su financiación proviene de fuentes diferentes.

Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral ha efectuado pronunciamiento en sentencia con radicado No. 82767 del 30 de enero de 2019, M.P. Dra. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, en la que indicó:

“Ahora, en cuanto a que la pensión sanción del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, resulta incompatible con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, consagrada en el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, se reitera que la primera es independiente a la que deba reconocer Colpensiones y, por tanto, son a cargo exclusivo del empleador.

Así, en la sentencia CSJ SL, 6 de Sep. de 2011, rad. 45545, en la se rememoró lo dicho en la sentencia CSJ SL, 26 de Sep. de 2007, rad. 30766, entre otras, esta Corporación explicó que:

(...) las pensiones especiales de jubilación reguladas por el citado artículo 8º de la Ley 171 de 1961, se causan desde el mismo momento en que el trabajador es despedido injustamente con más de 10 o 15 año de servicio que corresponde a la - pensión sanción -, o cuando se produce el retiro voluntario después de 15 años de servicio que atañe a la llamada – pensión por retiro voluntario -, sin que interesa cuál haya sido el tiempo laborado hasta la fecha en que el Instituto de Seguros Sociales asumió el riesgo de vejez, pues dichas pensiones son



independientes a las que deba reconocer el ISS y corren a cargo exclusivo del empleador. Además que para el asunto a juzgar, cuando se desvinculó el demandante en el año de 1980 y se causó la pensión por retiro voluntario, continuaba en pleno vigor la mencionada pensión especial o proporcional de jubilación en cualquiera de sus dos modalidades.

Sobre este puntual aspecto en discusión, la Sala en sentencia del 26 de septiembre de 2007, radicación 30766, que a su vez rememoró las decisiones del 21 de septiembre de 2006 y 12 de febrero de 2007, radicación 29406 y 28733, respectivamente, fijó el criterio mayoritario que actualmente se mantiene, en cuanto que la subrogación del Instituto de Seguros Sociales en vigencia del Acuerdo 224 de 1966 no opera tratándose de pensiones especiales de jubilación reguladas por el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, las cuales quedan a cargo exclusivo del empleador (...)."

Más adelante, continuó:

"Así, las pensiones del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, se establecieron para garantizar la estabilidad del trabajador y no para cubrir las contingencias de vejez, invalidez o muerte, tal y como sucede con las prestaciones del Régimen de Prima Media con Prestación Definida. En relación con dicho aspecto, esta Corte ha sostenido que:

desde la expedición del Acuerdo 224 de 1966, emanado del Consejo Directivo del ISS y aprobado por el artículo 1º del Decreto 3041 del mismo año, se estableció la incompatibilidad entre las pensiones legales reconocidas por el empleador y las de vejez que debía reconocer el Instituto de Seguros Sociales. Desde luego, las pensiones legales incompatibles con el nuevo esquema de seguridad social que se implementó con la expedición del citado acuerdo, fueron aquellas instituidas precisamente para cubrir el riesgo de vejez y no las que se establecieron para garantizar la estabilidad del trabajador en su empleo o para reprimir al empleador que despedía injustamente al asalariado después de una más o menos larga prestación de servicios y por ello le impedía acceder a la pensión de jubilación.

Esas pensiones especiales, que no quedaron comprendidas por la vigencia del acuerdo mencionado, eran las que consagraba el artículo 8º de la Ley 171 de 1961 en sus dos modalidades, la conocida como pensión sanción, derivada fundamentalmente del despido injusto del trabajador con más de 10 años de servicio



y menos de 15, o con más de éste último número y menos de 20 –lo cual solamente incidía para la edad del disfrute--, y la pensión por retiro voluntario, dispuesta para quienes después de 15 años de servicios y menos de 20 hubieran hecho dejación voluntaria de su empleo. (Sentencia de casación del 12 de febrero de 2007, radicación 28733).

Igualmente, no se puede pasar desapercibido que en el sub lite, la pensión sanción se causó con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, más exactamente, el 15 de octubre de 1992 -fecha de retiro del servicio del señor Justo Emiliano Peñuela Sarmiento-, una razón más para concluir la compatibilidad de la pensión sanción y la indemnización sustitutiva de vejez. Así, en sentencia CSJ CSJ SL536-2018, reiterada en fallo CSJ SL712-2018, se determinó que:

La doctrina jurisprudencial es la que, finalmente, ha venido a solventar tales dificultades al generar una serie de parámetros para hacer puente entre tales regímenes de naturaleza diversa; en lo relacionado con la Ley 33 de 1985, cuyo objeto no fue otro que el de establecer responsabilidades sobre el otorgamiento pensional que se hiciera a los empleados oficiales, y en la que también se reguló el tiempo que debía computarse para tal efecto, esta Sala de la Corte ha estimado que si bien sus prestaciones pueden ser compatibles con las de servicios privados cotizados al ISS, esto es bajo el entendimiento o de que el tiempo de servicio fue completado antes de que entrara en vigor la Ley 100 de 1993, o de que la prestación se haya reconocido a través de Cajas de Previsión, diferenciándose así los recursos de los cuales provienen, impidiéndose de esa forma que, por regla general el Instituto de Seguros Sociales, disponga el pago de dos pensiones de vejez, como se trataría en este evento.

*En ese sentido deben leerse las decisiones que esta Sala de la Corte ha decantado, esto es que **únicamente bajo el evento de que cualquiera de las dos prestaciones de las que se pide su compatibilidad, hubiesen sido causadas antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993, es que puede predicarse su compatibilidad, cuando provengan de distintos tiempos, como los públicos y privados, pues de lo contrario se entenderá que es inviable.***

Así, por ejemplo, en la CSJ SL452-2013 se declara la compatibilidad, pero porque la pensión de docente se dispuso por una Caja distinta del ISS (...)



Bajo estas precisas circunstancias, esto es, que se tratan de dos prestaciones -una, pensión sanción y la otra, indemnización sustitutiva de pensión de vejez-, que tienen diferente finalidad, naturaleza, fuente de financiamiento y que están a cargo de distintas entidades, aunado a que la primera se causó con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, (...)”.

En las condiciones analizadas, considera la Sala que sí resultan compatibles la pensión sanción que reconoció el Fondo de Pasivo Social de los Ferrocarriles Nacionales de Colombia, con la indemnización sustitutiva que acá se reclama respecto de Colpensiones; razón por lo que se confirmará la determinación acogida por el servidor judicial de primer grado, en los términos del artículo 37 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el Decreto 1730 del año 2001. No obstante lo anterior, es necesario precisar que se deberá modificar el monto de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez reconocida en favor del actor, en el entendido que si bien el aquo estableció una suma, también lo es, que no aportó copia de la liquidación efectuada, por lo que se hizo necesario realizar la operación aritmética correspondiente, arrojando una suma inferior, por lo que la prestación se reconocerá en favor del señor Aniceto García Torres en la suma de \$17.272.900 y así se resolverá.

Ahora bien, la parte actora reclama el reconocimiento y pago de los intereses moratorios consagrados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, por lo que se hace necesario traer la norma en comento, que dispone:

“ARTÍCULO 141. INTERESES DE MORA. A partir del 1o. de enero de 1994, en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales de que trata esta Ley, la entidad correspondiente reconocerá y pagará al pensionado, además de la obligación a su cargo y sobre el importe de ella, la tasa máxima de interés moratorio vigente en el momento en que se efectuó el pago.”.

De acuerdo con la norma traída a estudio, es evidente que el legislador consagró el pago de los intereses de mora frente a las mesadas pensionales y no así, respecto de cualquier prestación que reconozca el Sistema General de



Pensiones, ello quiere decir, que no brindó tal resarcimiento respecto de las indemnizaciones sustitutivas, por lo que bajo tal perspectiva, lo procedente es la indexación de la suma reconocida, pues aunque se advierte de las pretensiones de la demanda, que el extremo activo no reclamó la actualización o indexación de la condena, ni efectuó manifestación alguna en su recurso de apelación, debe accederse a la misma por cuanto la pérdida del poder adquisitivo de la moneda le acarrea recibir un monto inferior al reconocido, por lo que se modificará la decisión absolutoria de primer grado en tal sentido.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Costas de primera instancia a cargo de la encartada y sin ellas en la alzada, dado el estudio íntegro de la Litis.

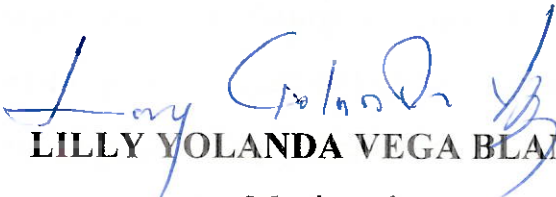
DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: MODIFICAR** la sentencia proferida, en el sentido de condenar a la demandada al reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez en la suma de **\$17.272.900.00**, debidamente indexada de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO: COSTAS.** Sin costas en esta instancia; las de primer grado a cargo de la encartada. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada



Ref.: radicación No. 11-001-31-05-025-2019-00489-01 Proceso Ordinario de Aniceto García Torres contra Colpensiones (Apelación Sentencia).


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., trece (13) de diciembre de dos mil veintidós (2022)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110013105 031 2020 00069 01. Proceso Ordinario de Alirio Lope Monsalve Páez contra UGPP (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por los apoderados de las partes, así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública en los aspectos no recurridos, frente a la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 14 de mayo de 2021.

ANTECEDENTES:

Solicita el demandante, previa declaración de que prestó servicios a favor de la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero por tiempo superior a 20 años, y que es beneficiario de la convención colectiva de trabajo suscrita entre la Caja Agraria y el sindicato de sus trabajadores para el periodo 1998 – 1999; se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional a partir del 1° de noviembre de 2013 indexando los salarios devengados en el último año de servicios, en el IPC promedio nacional desde el 27 de junio de 1999 hasta el 1° de noviembre de 2013, indexando la condena impuesta, junto con los aumentos de ley y las costas del proceso.



Como sustento de sus súplicas afirmó en síntesis, que laboró al servicio de la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero por el periodo comprendido entre el 9 de mayo de 1977 y el 27 de junio de 1999, siendo beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y el sindicato de sus trabajadores; que fue retirado por la entidad el 27 de junio de 1999 y cumplió 55 años el 1º de noviembre de 2013; que el actor acreditó los 20 años de servicio con anterioridad a la entrada en vigencia del A.L. 01 de 2005, por lo que tiene derecho a 14 mesadas al año; que el último salario promedio fue por la suma de \$1.676.718.47, que corresponde al último año de servicios; que elevó solicitud de reconocimiento de la pensión de jubilación convencional ante la UGPP el 7 de noviembre de 2018, la que fue negada mediante resolución RDP 005395 de 2019.

Una vez notificada, la demandada dio respuesta a la acción en oposición al reconocimiento de la pensión de jubilación solicitada, adujo en su defensa que si bien el demandante contaba con más de 20 años de servicio a la Caja Agraria para la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, no cumplía con el requisito de la edad y que por esa razón no era procedente el reconocimiento de la prestación deprecada. Propuso en su defensa las excepciones que denominó inexistencia de la obligación, improcedencia mesadas adicionales de conformidad [con] el Acto Legislativo 01 de 2005, prescripción, buena fe y la genérica.

Al desatar las pretensiones de la demanda la *aquo*, accedió al reconocimiento de la pensión de jubilación de origen convencional a partir del 1º de noviembre de 2013, en cuantía inicial de \$1.187.594 en 14 mesadas anuales; sin embargo, declaró prescritas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 7 de noviembre de 2015, calculando el retroactivo pensional hasta el 31 de mayo de 2021 en la suma de \$114.203.660, disponiendo que tal pago debería ser debidamente indexado al momento de su cancelación. Para arribar a la anterior determinación consideró en esencia, que el demandante cumplió los requisitos para la causación del derecho pensional que reclama antes de la fecha límite establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, en la medida que si bien la edad la cumplió con posterioridad a dicha data, la misma no constituye un requisito de



exigibilidad sino tan solo de disfrute, determinación que respaldó en lo indicado por la H. Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL 526 de 2019 y SL 4572 de 2020.

Inconformes con la anterior determinación los apoderados de las partes interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad correspondiente.

El apoderado del demandante interpuso recurso de apelación tan solo en la forma en que se debe liquidar el derecho pensional, pues no está de acuerdo con que el cálculo se realice conforme lo dispone la Ley 33 de 1985, sino atendiendo la norma convencional que establece los factores salariales a tener en cuenta para establecer el valor de la pensión convencional, pues es la norma más favorable al actor.

Por su parte, el apoderado de la encartada solicitó se revoque en su integridad la decisión proferida y en su lugar se absuelvan de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra. Lo anterior, por cuanto el demandante no cumple con los requisitos contenidos en la Ley, ni en la Convención Colectiva de Trabajo, en el entendido que la interpretación de la norma se debe realizar de forma íntegra, pues con la expedición del A.L. 01 de 2005 se retiraron los regímenes exceptuados a quienes no cumplieran con los requisitos pre establecidos, situación en la que se encuentra el señor Monsalve Páez, en el entendido que cumplió la edad de 55 años con posterioridad al 31 de julio de 2010, de suerte que al no ser prospera la pretensión principal, las subsidiarias tampoco son procedentes.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

Como la determinación de primer grado resultó ser adversa a una entidad respecto de la cual la Nación ostenta la condición de garante, al tenor de lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se dispuso asumir su conocimiento en el grado jurisdiccional de consulta frente a aquellos aspectos no fueron objeto de discusión en la alzada.



Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto, y se deja en el acta una reseña de las actuaciones previas.

CONSIDERACIONES

En virtud de los recursos de apelación interpuestos, así como el grado jurisdiccional de consulta que se surte en favor de la entidad demandada, corresponde a la Sala determinar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de jubilación de origen convencional que reclama en condición de extrabajador de la extinta Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero.

Con tal propósito corresponde señalar que no es objeto de discusión entre las partes y se encuentra establecido dentro del proceso que el demandante nació el 17 de noviembre de 1958 y prestó servicios personales para la extinta Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero en el período comprendido entre el 9 de mayo de 1977 y el 27 de junio de 1999; periodo en el que de acuerdo con la Certificación Electrónica de Tiempos laborados “CETIL” prestó servicios como Subdirector, y como consecuencia de ello ostentó la condición de trabajador oficial.

Así mismo, es del caso tener en cuenta, aun cuando tampoco fue objeto de discusión, que el demandante en condición de trabajador oficial era beneficiario de la Convención Colectiva de Trabajo 1998 – 1999 suscrita entre su otrora empleadora y la organización sindical Sintracreditario, de acuerdo con lo que al efecto prevé el artículo 4º de dicho conjunto normativo.

De acuerdo con los anteriores supuestos y en lo que interesa al fondo del asunto corresponde tener en cuenta que el parágrafo 1º del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo vigente para la anualidad 1998 y 1999, en relación con el reconocimiento de la pensión de jubilación prevé:

“ARTÍCULO 41o. PENSIÓN DE JUBILACIÓN REQUISITOS.



(...)

Parágrafo 1o. El trabajador que se retire o sea retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años si es hombre y de 50 años si es mujer, tiene derecho a la pensión al llegar a dicha edad, siempre que haya cumplido el requisito de veinte (20) años de servicios a la institución. ”.

Del tenor literal del precepto legal en cita, contrario a lo que plantea la recurrente, dimana con meridiana claridad que los requisitos de causación de la pensión de jubilación allí establecida son: 20 años de servicios para la demandada y el retiro efectivo del servicio; pues contrario a lo que plantea, la edad se estableció como un presupuesto para el disfrute.

Sobre el particular ha tenido oportunidad de pronunciarse la máxima Corporación de Justicia Laboral entre otras en sentencia SL289 del 14 de febrero de 2018, con ponencia del Magistrado Dr. Gerardo Botero Zuluaga, en la que se indicó:

“En consecuencia, desde la anterior perspectiva, encuentra la Sala, acertado el alcance que sostiene el recurrente se le debe dar al tantas veces citado parágrafo 1º del artículo 41 convencional, en el sentido que el derecho a la pensión de jubilación que consagra, se causa con el retiro del trabajador, por voluntad propia o por decisión del empleador, siempre que para esa data haya laborado como mínimo 20 años, y que el cumplimiento de la edad de 55 y 50 años, según se trate de hombre o mujer, es una condición para su goce o disfrute, o sea, para su exigibilidad. Tal interpretación se acompasa con la que esta Corporación le ha dado a una norma legal cuyos términos, sustancialmente, coinciden con el precepto de esta estirpe que regula la llamada pensión restringida de jubilación por retiro voluntaria: El artículo 8º de la Ley 171 de 1961, y no hay razón alguna que justifique no hacer un predicamento diferente con referencia al parágrafo 1º convencional. ”

Criterio que acogió el órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria en su especialidad laboral desde la sentencia SL 526 de 2018, y que ha reiterado en otras en sentencia SL 3280 del 6 de agosto de 2019 y SL 990 de 2020.



Dando alcance a las anteriores premisas al caso objeto de estudio, ningún reproche merece a la Sala la determinación adoptada por la servidora judicial de primer grado en la medida que el accionante se retiró del servicio el 27 de junio de 1999, y para ese momento contaba con más de 20 años de servicio; lo que de contera implica que el derecho pensional se causó antes del límite que estableció el Acto Legislativo de 2005.

En efecto, no desconoce la Sala que con ocasión de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, se introdujeron modificaciones al tema pensional y entre ellos estableció en su parágrafo 2° que a partir de su expedición no podrían establecerse en acuerdos extralegales como pactos, convenciones colectivas de trabajo y laudos, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones; y en el parágrafo transitorio número 3¹ se estableció un límite temporal a la vigencia de los derechos pensionales de origen extralegal; sin embargo, para esa data, conforme se indicó, el derecho pensional del accionante, ya se había consolidado, quedando solo pendiente el cumplimiento de la edad para su disfrute.

Al respecto considera la Sala oportuno traer a colación lo indicado por la máxima Corporación de Justicia Laboral en la sentencia antes citada (SL289 de 2018), en la que sobre este aspecto se indicó:

“... como en el proceso está demostrado, y no fue objeto de controversia en casación, que el demandante prestó sus servicios la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por más de 20 años, y que fue retirado de dicha entidad el 27 de junio de 1999, ello quiere decir, conforme a lo precisado, en primer lugar, que el derecho a la pensión de jubilación convencional se causó en la precitada fecha y, en segundo término, que no había lugar a negar el reconocimiento y pago de tal prestación, por lo dispuesto en el Acto Legislativo 01 de 2005, en cuanto dispuso

¹ “Parágrafo transitorio 3o. Las reglas de carácter pensional que rigen a la fecha de vigencia de este Acto Legislativo contenidas en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acuerdos válidamente celebrados, se mantendrán por el término inicialmente estipulado. En los pactos, convenciones o laudos que se suscriban entre la vigencia de este Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010, no podrán estipularse condiciones pensionales más favorables que las que se encuentren actualmente vigentes. En todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010”.



la pérdida de las prerrogativas a partir del 31 de julio de 2010, como lo concluyó el Tribunal; lo que implica, entonces, que el cargo prospera y, por ende, el fallo gravado habrá de casarse.

En ese sentido, ha señalado esta Corporación que la pérdida de vigencia de las reglas de carácter pensional contenidas en convenciones, pactos, laudos y acuerdos, no comporta la pérdida de los derechos válidamente adquiridos mientras esas reglas estuvieron en vigor, tesis plenamente aplicable al presente caso, teniendo en cuenta que conforme a lo expuesto en párrafos anteriores, la edad constituía únicamente un requisito para la exigibilidad de la pensión, luego entonces el derecho pensional se adquirió por parte del recurrente cuando habiendo laborado por más de 20 años en favor de la Caja Agraria fue retirado, lo que se dio antes de la entrada en vigencia del acto legislativo 1 de 2005. (...)”.

De acuerdo con lo analizado no son de recibo los planteamientos que expone el apoderado de la entidad accionada frente a la procedencia del reconocimiento de la pensión convencional que se le reclama.

Ahora bien, en punto a la liquidación del derecho pensional se debe hacer remembranza del parágrafo 3° del mismo artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo², en la que se dispone que se tendrá en cuenta el último sueldo mensual, más las primas de antigüedad o técnica, así como el salario en especie, auxilio de transporte, incentivo por localización, gastos de representación, primas semestrales, habituales o permanentes, horas extras, dominicales o feriados trabajados y viáticos devengados durante 180 días o más, factores que se deben sumar y dividir entre 12, suma a la cual se le aplicará el 75%.

En ese orden de ideas, al efectuar las operaciones aritméticas correspondientes, de acuerdo con los factores indicados en la liquidación visible a folio 52 y la asignación básica indicada en el Cetil, se encuentra que el valor del salario a tener en cuenta asciende a la suma de \$577.800 y la suma de \$1'204.695,64 que corresponde a los demás factores salariales; motivo por el que se modificará la decisión que sobre el particular acogió la juez de primer grado.

² Cfr. Fl. 22 del expediente.



En este momento se debe precisar, que no se comparte la decisión a la que arribó la falladora de primer grado, en el sentido de tan solo tener el salario mensual y la prima de antigüedad como únicos conceptos para liquidar el derecho pensional, pues contrario a lo aducido por la aquo, en la reiterada sentencia proferida por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, se ha indicado que para liquidar el derecho pensional se debe tener en cuenta el parágrafo 3° del artículo 41 Convencional, tal como se expresó en la sentencia con radicado SL 4572 del 9 de noviembre de 2020, M.P. Dra. Cecilia Margarita Durán Ujueta, en la que se indicó:

“Para ello, se tendrá como base salarial, la suma de \$1'267.304, por corresponder al «factor fijo» (\$798.265 – salario básico y prima de antigüedad) y al «factor variable» (\$469,039– incentivo de localización, primas semestrales y habituales, viáticos y sobrerremuneración), certificados en el documento de folios 78 y 79 del cuaderno de la Corte, como devengados por el demandante en el último año de servicios.”.

En ese orden de ideas, una vez indexado el anterior monto a la fecha de reconocimiento de la prestación, esto es, el año 2013, y aplicar la tasa de remplazo que establece el precepto en mención, se advierte que el monto de la prestación asciende a la suma de \$ 2'864.498,85; motivo por el que se modificará la decisión de primer grado en este aspecto.

Ahora bien, en lo atinente con la mesada 14, la misma quedará cargo en su integridad de la aquí demandada, teniendo en cuenta que el derecho pensional se causó desde el año 1999, calenda en la que se retiró el ex trabajador de sus servicios, sin que tampoco fuese excluida por la prohibición contenida en el A.L. 01 de 2005.

De igual forma, frente a la pensión compartida se tiene que la misma se encuentra establecida en el artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990:

“ARTÍCULO 18. COMPARTIBILIDAD DE LAS PENSIONES EXTRALEGALES.



Los patronos registrados como tales en el Instituto de Seguros Sociales, que otorguen a sus trabajadores, afiliados pensiones de jubilación reconocidas en convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o voluntariamente, causadas a partir del 17 de octubre de 1985, continuarán cotizando para los seguros de invalidez, vejez y muerte, hasta cuando los asegurados cumplan los requisitos exigidos por el Instituto para otorgar la pensión de vejez y en este momento, el Instituto procederá a cubrir dicha pensión, siendo de cuenta del patrono únicamente el mayor valor, si lo hubiere, entre la pensión otorgada por el Instituto y la que venía cancelando al pensionado.

Parágrafo. Lo dispuesto en este artículo no se aplicará cuando en la respectiva convención colectiva, pacto colectivo, laudo arbitral o acuerdo entre las partes, se haya dispuesto expresamente, que las pensiones en ellas reconocidas, no serán compartidas con el Instituto de Seguros Sociales."

De acuerdo con esta norma, se tiene que para que se dé la compartibilidad del derecho pensional, el empleador debe continuar efectuando los aportes para los riesgos de invalidez, vejez y muerte ante el Instituto de Seguros Sociales, hasta cuando dicha entidad proceda con el reconocimiento de la pensión legal, momento a partir del cual, tan sólo quedaría a su cargo el mayor valor si lo hubiere, razón por la cual debe indicarse que la pensión que se reconoce en la presente providencia es compartible, con la prestación legal que llegare a reconocer la Administradora Colombiana de Pensiones, quedando tan sólo el mayor valor si lo hubiere a cargo de la UGPP.

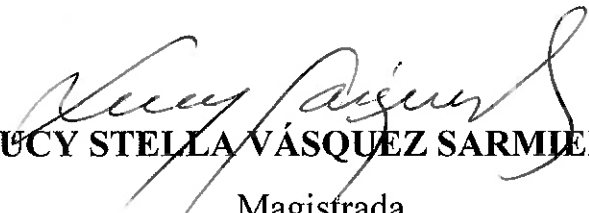
En lo que respecta a la prosperidad de la excepción de prescripción propuesta por la demandada, es del caso señalar que de acuerdo con lo que al efecto establece el artículo 151 del C.P.T y de la S.S., ningún reparo merece la decisión de primer grado en tanto que el demandante reclamó el derecho tan solo hasta el 7 de noviembre de 2018, de modo que las mesadas causadas con anterioridad al 7 de noviembre de 2018 se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo, motivo por el que de acuerdo con los reajustes anuales establecidos en el artículo 14 de la Ley 100 de 1993, el monto de la mesada pensional para el año 2016 corresponde a la suma de \$3'026.944,69.



Hasta aquí el estudio del tribunal. No hay lugar a imposición de condena en costas en esta instancia en tanto la decisión de primera instancia se conoció en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN:

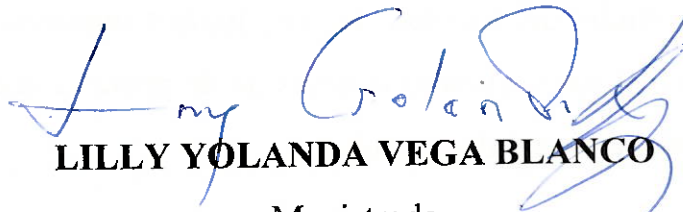
En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley, **RESUELVE: PRIMERO: MODIFICAR** el ordinal primero de la sentencia de primera instancia en el sentido de fijar el monto de la primera mesada en la suma de \$2'864.498,85 y a partir del año 2015 en la suma de \$3'026.944,69; de acuerdo con las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión. **SEGUNDO: ADICIONAR** el numeral **PRIMERO** de la sentencia proferida, en el sentido que el derecho pensional es de carácter compatible con la eventual pensión legal que reconozca la Administradora Colombiana de Pensiones, momento en el cual, quedará a cargo de la demandada UGPP tan sólo el mayor valor. **TERCERO: MODIFICAR** el ordinal segundo de la sentencia recurrida, en el sentido de establecer que el retroactivo pensional que reclama el actor, se deberá calcular a partir del 7 de noviembre de 2015 y para lo cual se tendrá en cuenta una mesada pensional para dicha anualidad por la suma de \$3'026.944,69, atendiendo las consideraciones de la sentencia. **CUARTO: CONFIRMAR** la sentencia en todo lo demás. **QUINTO:** sin costas en esta instancia, las de primera estarán a cargo de la demandada. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO

Magistrada



Ref.: Radicación N° 110013105-031 2020-00069-01. Proceso Ordinario de Alirio Lope Monsalve Páez contra UGPP (Apelación Sentencia).


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA LABORAL**

Bogotá D.C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 11-001-31-05 031 2021 00290 01 Proceso Ordinario de Efrain Huertas Triana contra Fondo de Prestaciones Económicas Cesantías y Pensiones -Foncep- (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor, la Magistrada Ponente en asocio de los Magistrados que conforman la Sala de Decisión, en virtud de lo establecido en el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir la siguiente, **SENTENCIA**, resolviendo el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, así como el grado jurisdiccional de consulta frente a la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto y en el acta se deja una reseña de los antecedentes.

ANTECEDENTES:

Solicita el demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral previa declaración de la nulidad del acta de conciliación celebrada el 29 de octubre de 1997 ante el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso 21.345; se condene a la demandada al reconocimiento y pago indexado de la pensión sanción de que trata el artículo 8° de la Ley 171 de



1961 a partir del 19 de julio de 2020, teniendo en cuenta para el efecto el valor de los salarios promedio devengados en el último año e indexando el valor de la primera mesada pensional.

Como soporte de las anteriores pretensiones indicó en síntesis, que estuvo vinculado con la Empresa Distrital de Servicios Públicos EDIS, mediante contrato de trabajo, entre el 2 de mayo de 1980 hasta el 30 de agosto de 1994.

Adujo que el contrato trabajo finalizó sin justa causa por parte del empleador, sin que para ese momento estuviera afiliado al régimen general de pensiones y que el salario promedio del último año ascendió a la suma de \$344.240,25.

Indicó que inició proceso laboral contra la Empresa EDIS en el que solicitó, entre otras pretensiones, el reconocimiento de la pensión sanción, cuyo conocimiento asumió el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá bajo el número 21.345, y que dentro del mismo se llevó a cabo audiencia de conciliación en la que se acordó conciliar la pensión relativa al reconocimiento de la pensión sanción en la suma de \$28'000.000,00 y que en razón a ello.

La entidad accionada dio respuesta a la demanda en oposición a las pretensiones; para lo cual adujo en esencia que no es procedente la declaratoria de nulidad del acta de conciliación en tanto se realizó frente a un derecho que no se había causado y que no era exigible, y que a la fecha se encuentra en firme; y que, en todo caso, no es procedente el reconocimiento y pago de la pensión sanción pues fue despedido con justa causa. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción de las mesadas pensionales, prescripción de los factores salariales, pago y compensación.

Frente a dichas súplicas, la juez de primer grado accedió al reconocimiento de la pensión sanción en cuantía equivalente al salario mínimo mensual



legal vigente en 14 mesadas al año, y ordenó compensar en forma indexada el valor que en su momento se reconoció al accionante por concepto de la conciliación.

Para arribar a la anterior determinación, consideró en esencia que la conciliación se encontraba viciada de nulidad en tanto que se llevó a cabo frente a un derecho cierto; y que el demandante acreditó el cumplimiento de los requisitos para el reconocimiento y pago de la pensión sanción; así mismo consideró que en virtud de la excepción de compensación era procedente ordenar al accionante la devolución en forma indexada de la suma que le fue reconocida al momento de la conciliación.

Inconforme con la decisión, el apoderado del demandante interpuso recurso de apelación, el cual concedido en el efecto suspensivo.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO

Se opuso el recurrente a la determinación que se acogió en primera instancia en torno a la liquidación de la prestación, así como frente a la devolución de la suma que le fue entregada a su mandante con ocasión a la conciliación.

Aduce al efecto que el salario promedio del último año de su mandante fue la suma de \$344.240,25 y que en razón a ello tiene derecho al reconocimiento de la prestación en cuantía inicial de \$1'286.405,00; y de otra parte, que la suma que recibió en virtud del acuerdo conciliatorio fue recibida por su mandante de buena fe.

CONSIDERACIONES

En virtud del recurso de apelación interpuesto, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad accionada, corresponde a la



Sala determinar si es procedente declarar la nulidad de la conciliación celebrada entre el accionante y la extinta Empresa Distrital de Servicios Públicos EDIS; y de ser así, si el demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión sanción que establece el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, el monto de la misma y si es procedente ordenar la compensación de la suma que le fue entregada en virtud del acuerdo conciliatorio y la indexación de la misma.

Con tal propósito corresponde señalar que de acuerdo con el contrato de trabajo¹, la misiva de terminación² y la certificación laboral³, el demandante prestó servicios para la Empresa de Servicios Públicos EDIS entre el 2 de mayo de 1980 y el 30 de agosto de 1994; así mismo se encuentra acreditado que el 29 de octubre de 1997 el accionante y su empleador ante el Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá conciliaron el reconocimiento y pago de la pensión sanción que el accionante solicitó judicialmente por la suma de \$28'000.000,00.

De acuerdo con los anteriores supuestos y en lo que respecta a la pretensión relativa a la declaratoria de nulidad de la conciliación efectuada respecto del reconocimiento de la pensión sanción; para lo cual conviene señalar que si bien la conciliación constituye una de las formas de solucionar un conflicto y que en razón a ello las normas procesales del trabajo le asignan el efecto de cosa juzgada <<artículo 66 del C.P.T. y S.S.>>; también lo es que la jurisprudencia laboral ha precisado que como aquella es un acto de declaración de voluntad, para su validez y eficacia, es necesario que se cumplan los requisitos generales del artículo 1502 del Código Civil y que en los términos del artículo 14 del CST no desconozca derechos ciertos e indiscutibles; de manera que el desconocimiento de los anteriores presupuestos permite a las partes cuestionar el acuerdo conciliatorio.

¹ Cfr fls 31 a 33. Archivo "001. DEMANDA"

² Cfr fl 34 ibidem

³ Cfr fl 42 ibidem



Al respecto la máxima Corporación de Justicia Laboral en sentencia SL18096 de 2016, reiterada entre otras en sentencia SL 4066 de 2021 señaló:

“... si la parte que firmó el acuerdo considera que en el contenido de la conciliación existe un vicio del consentimiento, un objeto o una causa ilícitos –con las salvedades anotadas- o una violación de derechos ciertos e indiscutibles, podrá acudir ante la jurisdicción mediante un proceso ordinario de competencia del Juez Laboral según las reglas que fija el Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.”

Dando alcance a las anteriores premisas al caso objeto de estudio, ningún reparo merece la determinación que acogió la servidora judicial de primer grado sobre el particular; en tanto que para el momento en que se celebró el acuerdo conciliatorio el derecho pensional sobre el que versó el acuerdo ya se había causado, y en razón a ello, contrario a lo que se indicó en la referida acta, se trataba de un derecho cierto e indiscutible.

En efecto, el artículo 8º de la ley 171 de 1961, por ser la norma vigente al momento de la desvinculación del actor, previó el reconocimiento de una pensión para los trabajadores particulares y oficiales vinculados por contrato de trabajo que fueran despedidos sin justa causa, determinando que cuando la desvinculación se produjera después de 10 años de servicios y menos de 15 la pensión se pagaría a los 60 años de edad y cuando ese hecho ocurría después de 15 años de servicios se debería comenzar a pagar a los 50 años de edad; posteriormente el artículo 74 del Decreto 1848 de 1969, previó en términos semejantes la misma pensión pero sólo para trabajadores oficiales.

En tal sentido, tal como se advirtió en forma precedente, el demandante en condición de trabajador oficial prestó servicios personales a la Empresa de



Servicios Públicos EDIS en sanción de trabajador oficial por espacio de 14 años, 2 meses y 29 días; y en tanto el vínculo lo dio por terminado en forma unilateral e injustificada la empleadora; dimana con meridiana claridad que el accionante cumple los presupuestos previstos en el artículo 8° de la ley 171 de 1961, para el reconocimiento de la pensión restringida de jubilación.

Ahora, si bien prevé el referido precepto que el derecho se reconoce a partir de que el trabajador cumpla los 60 años de edad, tal presupuesto tan sólo viene a constituirse en una condición para el disfrute del derecho no así para lograr el estatus pensional, ya que el mismo, se configura, para el caso, con el cumplimiento de dos requisitos: el tiempo de servicios y el despido injustificado; de esta forma lo ha reiterado en forma pacífico la máxima Corporación de Justicia Laboral entre otras en forma más reciente en sentencias SL15025 de 2017 y SL5268 de 2021.

Resulta oportuno precisar, que si bien para el momento en que se dio por terminado el vínculo al accionante ya se había expedido la Ley 100 de 1993, lo cierto es, que de acuerdo con el artículo 151 de dicho conjunto normativo, para dicho momento <<30 de agosto de 1994>>, aún no había entrado a regir el sistema general de pensiones para los servidores del nivel distrital.

En las condiciones analizada no solo es procedente declarar la nulidad del acuerdo conciliatorio celebrado entre el demandante y la Empresa de Servicios Públicos EDIS; sino que adicionalmente es procedente el reconocimiento de la referida prestación; tal como lo determinó la servidora judicial de primer grado.

Ahora bien, en relación con el ingreso base de liquidación de la pensión restringida de jubilación, aspecto cuestionado por la parte demandante, ciertamente la disposición legal que regula este punto, es el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, que indica: *“la cuantía de la pensión será directamente*



proporcional al tiempo de servicios respecto de la que habría correspondido al trabajador en caso de reunir todos los requisitos necesarios para gozar de la pensión plena establecida en el artículo 260 del Código Sustantivo del Trabajo y se liquidará con base en el promedio de los salarios devengados en el último año de servicios”.

Sobre ello, la Sala Laboral de la CSJ, en sentencias con radicados 62723 del 23 de septiembre de 2015, 61023 del 27 de enero de 2016 y 52399 del 17 de febrero de 2016, ha dispuesto claramente que la liquidación de la pensión que regula el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 con los factores que define el artículo 1° de la Ley 62 de 1985, en la medida que esa es la base que determina la Ley para las pensiones de los trabajadores oficiales, mientras que la alusión al artículo 260 del CST, es propio de los servidores particulares, que no es el caso del aquí demandante; de suerte que para dicha liquidación se debe acudir entonces al promedio que sirvió de base para los aportes durante el último año de servicios, con lo cual se descarta otros factores.

De manera que únicamente resulta procedente tener en cuenta “...la asignación básica, gastos de representación; primas de antigüedad, técnica, ascensional y de capacitación; dominicales y feriados; horas extras; bonificación por servicios prestados; y trabajo suplementario o realizado en jornada nocturna o en día de descanso obligatorio”, y en tal sentido, de acuerdo con la certificación visible a folio 43 del archivo “001. DEMANDA” una vez efectuadas las operaciones aritméticas de rigor se tiene que el salario promedio del accionante ascendió a la suma de \$161.512,00, valor que indexado al momento en que el accionante cumplió la edad para disfrutar la prestación, esto es, el 19 de julio de 2020, corresponde a la suma de \$918.627,15.



En tal sentido, al aplicar al ingreso base de liquidación determinado una tasa de remplazo del 54,52%, correspondiente a 5.234 días, tenemos que el valor actualizado de la prestación asciende a la suma de \$500.835,52 monto que resulta inferior al salario mínimo mensual legal vigente, motivo por el que se confirmará la decisión que sobre el particular acogió la juez de primer grado.

En punto a la prosperidad de la excepción de prescripción, corresponde señalar que en tanto el derecho pensional se hizo exigible con el cumplimiento de la edad, esto es, el 19 de julio de 2020 y la demanda se presentó el 25 de junio de 2021, esto es, dentro del término trienal que establece el artículo 151 del C.P.T. y S.S.; motivo por el que no es procedente declarar probado tal medio exceptivo.

Ahora bien; en punto a la devolución de la suma de \$28'000.000,00, que se entregó al demandante con ocasión al acuerdo conciliatorio celebrado en el año 1997, considera Sala que al haberse declarado la nulidad de dicho acuerdo, tal pago carece de causa y en razón a ello, sí es procedente ordenar su compensación; sin embargo, a juicio mayoritario de la Sala no hay lugar a ordenar la indexación de la misma.

Así se afirma, en la medida que si bien la indexación de sumas de dinero se ha erigido como una forma de contrarrestar los efectos negativos que tiene la devaluación de la moneda, mediante su adecuación o actualización de acuerdo con las variaciones que tienen los precios; también lo es, que la aplicación de dicha figura debe ser morigerada cuando se trata de devolución de sumas de dinero que recibe el pensionado de buena fe, en tanto implicaría obligarlo a asumir la pérdida del poder adquisitivo de dicha suma.

En efecto, en tanto la indexación apareja el reconocimiento del detrimento económico que sufre determinada suma por el paso del tiempo, a juicio de la



Sala trasladar dicho perjuicio a la parte débil de la relación resulta injusto y desproporcionado, máxime cuando recibió esta suma de buena fe; motivo por el que se revocará la determinación que acogió la servidora judicial de primer grado sobre el particular, y en su lugar se ordenará únicamente la compensación de la suma de \$28'000.000,00

Hasta aquí el análisis de la Sala sin costas en la alzada.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

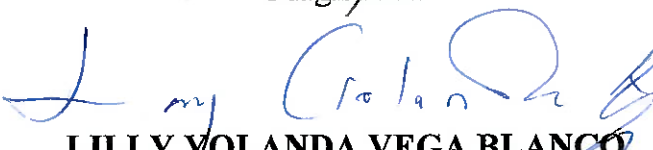
RESUELVE

PRIMERO.-MODIFICAR el ordinal segunda de la sentencia proferida por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del asunto de la referencia en el sentido de ordenar la compensación únicamente de la suma de \$28'000.000,00.

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

TERCERO.- COSTAS. Sin lugar a su imposición en esta instancia.


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada

Salvo Voto parcial



LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado

AÑO	MES	CONCEPTO	VALOR
1994	AGOSTO	Asignación Básica	\$ 150.877,00
		Prima Antigüedad	\$ 3.101,00
	JULIO	Asignación Básica	\$ 150.877,00
		Horas Extras	\$ 18.607,00
		Prima Antigüedad	\$ 3.101,00
	JUNIO	Asignación Básica	\$ 146.010,00
		Horas Extras	\$ 7.338,00
		Prima Antigüedad	\$ 3.101,00
	MAYO	Asignación Básica	\$ 150.877,00
		Dominicales	\$ 8.985,00
		Horas Extras	\$ 22.538,00
		Prima Antigüedad	\$ 3.101,00
	ABRIL	Asignación Básica	\$ 146.010,00
		Horas Extras	\$ 18.082,00
		Prima Antigüedad	\$ 3.101,00
	MARZO	Asignación Básica	\$ 150.877,00
		Dominicales	\$ 16.226,00
		Horas Extras	\$ 29.752,00
		Prima Antigüedad	\$ 3.101,00
	FEBRERO	Asignación Básica	\$ 136.276,00
		Prima Antigüedad	\$ 3.101,00
	ENERO	Asignación Básica	\$ 150.877,00
		Prima Antigüedad	\$ 3.101,00
1993	DICIEMBRE	Asignación Básica	\$ 121.582,00
		Horas Extras	\$ 23.019,00
		Dominicales	\$ 14.481,00
		Prima Antigüedad	\$ 2.521,00
	NOVIEMBRE	Asignación Básica	\$ 117.660,00
		Horas Extras	\$ 10.982,00
		Dominicales	\$ 14.481,00
		Prima Antigüedad	\$ 2.521,00
	OCTUBRE	Asignación Básica	\$ 121.582,00
		Horas Extras	\$ 32.522,00
		Dominicales	\$ 7.844,00
		Prima Antigüedad	\$ 2.521,00
	SEPTIEMBRE	Asignación Básica	\$ 117.660,00
		Horas Extras	\$ 11.616,00
		Dominicales	\$ 5.625,00
		Prima Antigüedad	\$ 2.521,00
	TOTAL		\$ 1.938.155,00
	Promedio Salarial		\$ 161.512,92



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA LABORAL

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO DE LA DOCTORA LILLY YOLANDA VEGA BLANCO DENTRO DEL PROCESO ORDINARIO LABORAL DE PRIMERA INSTANCIA DE EFRAÍN HUERTAS TRIANA CONTRA FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP.

Con el respeto que me merecen los demás integrantes de la Sala, me aparto parcialmente de la decisión mayoritaria, por cuanto considero que se debió confirmar la compensación indexada de \$28'000.000.00 en tanto, se trata de un método utilizado para reajustar el valor del dinero por la pérdida de su poder adquisitivo como consecuencia de la inflación, su objetivo es contrarrestar los efectos deflacionarios de la economía del país y así mantener el valor adquisitivo, que se ve afectado necesariamente con el transcurso del tiempo¹.

Bajo este entendimiento, si bien es cierto Efraín Huertas Triana recibió dicha suma de buena fe, no es menos cierto que hizo uso de ese dinero desde 29 de octubre de 1997, por ende, atendiendo la pérdida del poder adquisitivo de la moneda y, la necesidad de no afectar la sostenibilidad financiera y patrimonio público del FONCEP, procedía la indexación sobre el valor a compensar. En adición a lo anterior, la

¹ CSJ, Sala de Casación Laboral, sentencia del 30 de julio de 2014, Rad. N° 52290, citando la sentencia del 12 de agosto de 2012, Rad. N° 46832.



indexación no constituye una carga adicional o que se efectuó un pago adicional, sino simplemente es la compensación de la suma efectivamente recibida en valor actual.

En consecuencia, se debió confirmar la orden impuesta por indexación.

En los anteriores términos dejo a salvo el voto parcial.


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada



República de Colombia

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL

ACTA DE SALA

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-035-2019-00248-01. Proceso Ordinario de Alberto Morales Gutiérrez contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

En Bogotá D. C., en la fecha previamente señalada para llevar a cabo la presente audiencia dentro del proceso de la referencia, la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 15 del Decreto 806 del 4 de junio de 2020 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo los recursos de apelación interpuestos por los apoderados de las demandadas frente a la sentencia proferida por el Juzgado 35 Laboral del Circuito de Bogotá, el 17 de noviembre de 2020; así como el grado jurisdiccional de consulta en favor de la entidad pública demandada, frente a aquellos puntos que no hayan sido objeto de apelación.

ANTECEDENTES:

Solicitó el actor mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, previa declaración de la nulidad de la afiliación a la AFP Colfondos S.A. efectuada el 10 de mayo de 1996, así como los traslados horizontales efectuados a Porvenir S.A. el 7 de diciembre de 2001, a la entonces Skandia, hoy Old Mutual el 16 de enero de 2013 y a Colfondos S.A. el 9 de



agosto de 2013 y como consecuencia de las anteriores, se condene a devolver a Colpensiones todos los valores que recibió con motivo de su afiliación, junto con los rendimientos financieros, activándolo en el RPM administrado por Colpensiones sin solución de continuidad, reconociendo la pensión de vejez de conformidad con lo establecido en la Ley 797 de 2003, con el promedio de los últimos 10 años y las costas del proceso.

Como fundamento de sus pretensiones, la parte actora manifestó que nació el 16 de septiembre de 1957, afiliándose al ISS el 1° de febrero de 1980, laborando para diferentes empleadores, entre ellos, la Cervecería del Litoral, la que pertenecía al Grupo Santo Domingo; que en el año 1996 se llevó por parte de recursos humanos a asesores del fondo Colfondos, quienes les informaron que debían trasladarse, sin poder escoger el régimen pensional, por lo que firmó el formulario de afiliación el 10 de mayo de 1996, momento para el cual tenía 39 años de edad y había cotizado 315.93 semanas; que no se le brindó información sobre las implicaciones del traslado, la forma en que se reconocería el derecho pensional, la naturaleza del régimen de capitalización, las desventajas de afiliarse al RAIS, ni se le realizó comparación de los beneficios entre los regímenes pensionales y por el contrario, se le afirmó que el ISS iba a desaparecer, que se podía pensionar a cualquier edad, pero no le dijo la edad mínima para negociar el bono pensional; que de forma posterior laboró para la ETB, entidad que dejaba ingresar a los asesores de las AFP, por lo que fue convencido de trasladarse a Porvenir en el año 2001, momento en el que se le indicó que estaría cubierto por el mayor grupo empresarial, que podía pensionarse a la edad deseada y por el monto que fijara el afiliado, pero omitieron lo pertinente con la negociación del bono pensional y que para pensionarse a la edad deseada, dependería del monto ahorrado; que existía una falta de tiempos, por lo que Porvenir se comprometió a obtenerlos, situación por la que se afilió a dicha AFP el 7 de diciembre de 2001; que dada la inactividad



de Porvenir, fue abordado por un asesor de Skandia quien le informó que ellos reflejarían el pago de los aportes dejados de computar en la historia laboral, quien tampoco le brindó la debida información al afiliado; que de igual forma, los asesores de Colfondos se comprometieron a recuperar las semanas perdidas ante el ISS, por lo que lo indujo mediante error a trasladarse a dicha AFP, suscribiendo el formulario de afiliación el 9 de agosto de 2013, sin embargo, a la fecha de radicar la demanda, Colfondos no ha realizado gestión alguna para tal fin; que realizó proyección pensional, que arrojó que en Colpensiones con el promedio de los últimos 10 años obtendría una mesada pensional por la suma de \$5.684.564,09, no obstante en el RAIS la misma sería por el valor de \$2.340.518.

Frente a dichas súplicas, el *aquo* declaró la ineficacia del traslado efectuado por el demandante a Colfondos S.A., así como los traslados horizontales efectuados a Porvenir S.A., a la entonces Skandia, hoy Old Mutual y nuevamente a Colfondos S.A. y ordenó a trasladar los aportes pensionales, junto con los rendimientos financieros, sin efectuar descuento alguno por gastos de administración por parte de las administradoras de pensiones, disponiendo que Colpensiones recibiera los dineros como si nunca se hubiere generado el traslado. Lo anterior, por cuanto no se logró acreditar que las demandadas administradoras privadas le suministraron la información necesaria y precisa para que el actor pudiera establecer cuál de los dos regímenes pensionales era más favorable, brindándole la información objetiva, comparada y transparente sobre las características del régimen de prima media con prestación definida frente al régimen de ahorro individual con solidaridad, así como las condiciones de accesos, ventajas y desventajas de cada uno de ellos.



Inconformes con la anterior decisión, los apoderados de las demandadas interpusieron recursos de apelación, los que fueron concedidos en la oportunidad pertinente.

La demandada Colpensiones solicitó se revoque la decisión de primer grado en su integridad, teniendo en cuenta que la afiliación fue suscrita de forma libre, voluntaria y sin presiones por una persona capaz; aunado a ello, por cuanto el artículo 17 de la Ley 153 de 1987 habla sobre el tema de las meras expectativas, aunado, con que el artículo 1750 del Código Civil establece que para los casos por vicios en el consentimiento, la acción debe elevarse dentro de los 4 años siguientes, así como, que en el presente caso se presenta el saneamiento ante la falta de información, conforme se establece en los artículos 1752 y 1754 del C.C., pues existió traslado en más de dos AFP. Finalmente, refiere que se deben tener en cuenta los principios de sostenibilidad fiscal, que la ignorancia de la ley no es excusa y que nadie puede alegar en su favor su propia culpa.

- Por su parte, la encartada Porvenir S.A., interpuso recurso de apelación parcial contra la decisión proferida, esto frente a la condena a la devolución de los gastos de administración, pues con la sentencia proferida se dejan de lado los artículos 13 y 20 de la Ley 100 de 1993, que permiten el cobro de los gastos de administración no solo en el RAIS, sino también en el RPM, los que no solo cubren la gestión de la AFP, sino también, lo concerniente con el fondo de solidaridad y los seguros de invalidez y muerte, estos últimos, sin que se puede predicar que al no existir la causación del siniestro se puede reclamar el pago de la prima. De igual forma, sostuvo frente a los casos de ineficacia, existen reiterados conceptos de la Superintendencia Financiera, en los que se ha indicado que ante la falta de información, no es procedente la devolución de los gastos de administración, más aún, en un caso como el presente, en el que la AFP no tiene suma alguna del actor, deba responder con



su propio patrimonio, aunado, con que debe declararse el medio exceptivo de prescripción frente a los mismos, en el entendido que los gastos de administración no son un componente del derecho pensional.

En igual sentido, Old Mutual Pensiones y Cesantías interpuso recurso parcial de apelación frente a los gastos de administración, pues refirió que dicha AFP no tiene emolumento alguno en su poder que le pertenezca al actor desde el año 2013, al igual, que el artículo 7° del decreto 3995 de 2008 establece los factores a devolver, dentro de los que no se incluyen los gastos de administración, los que fueron destinados para la cobertura de los riesgos de invalidez y sobrevivencia, contingencias que fueron cubiertas durante la afiliación del demandante y no tiene la obligación de ser devueltos con los recursos propios, ya que se genera no solo un perjuicio al sistema, sino también a la entidad, reiterando que existen los conceptos de la Superintendencia Financiera, así como, que los mismos no sirven para la financiación del derecho pensional.

Finalmente, Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías interpuso recurso contra la sentencia proferida, bajo el supuesto que el fallador de primer grado no tuvo en cuenta el interrogatorio de partes rendido por el actor, en el que mencionó que conocía las condiciones del RAIS, en el entendido que recibió una asesoría presencial y verbal del mismo y en uso de las facultades de libertad de escogencia y libre afiliación suscribió el formulario de afiliación ante la AFP, más aún, cuando se alega el vicio del consentimiento del error, el que conforme con el artículo 1502 del C.C., es de aquellos vicios de derecho, que no tiene la fuerza para que se declare la ineficacia, advirtiéndose, que en todo caso, ni siquiera se demostró por el actor el engaño sufrido al momento de firmarse el formulario. En igual sentido, refirió que no es procedente la condena a la devolución de los gastos de administración, teniendo en cuenta que los mismos están establecidos por consagración legal y no por voluntad



del fondo de pensiones, que son cobrados tanto en el RAIS como en el RPM, acreditándose por tanto la debida información, que si bien no consta por escrito, también lo es, que no existe obligación para dejar documento alguno fuera del formulario para acreditar la vinculación.

Adujo, que como la ineficacia y nulidad pretende volver todo al estado inicial, no sería procedente la devolución de los rendimientos y gastos de administración, pues se estaría frente a una condena en daños, que no fue discutida, ni probada por la parte actora, menos aún, al advertirse la existencia de unos rendimientos financieros y que conforme a la teoría de las restituciones mutuas, al suscribirse un contrato, se generan obligaciones de dar o recibir, así como de hacer o no hacer, las que fueron acreditadas por la demandada, pues se generaron los rendimientos producto de la gestión realizada, fundamentos por los que se debería revocar la decisión adoptada.

GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a la demandada entidad pública, acorde con lo dispuesto en el artículo 69 del C.P.T. y S.S. se remitió el presente asunto a esta Corporación para que se surta el grado jurisdiccional de consulta, frente a los puntos que no hayan sido objeto de apelación.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver el asunto previas las siguientes:

CONSIDERACIONES

Corresponde a la Sala determinar si hay lugar a declarar la ineficacia del traslado de la parte demandante al Régimen de Ahorro Individual con



Solidaridad ordenando el traslado de los aportes al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones.

Al respecto es del caso tener en cuenta que la máxima Corporación del trabajo ha adocinado que la desinformación constituye elemento de juicio suficiente para anular o invalidar el acto de afiliación a dicho régimen, ya que es obligación del Fondo de Pensiones, proporcionar al posible afiliado, información suficientemente clara y completa sobre las consecuencias que en el futuro representa abandonar el régimen de prima media con prestación definida al que se encuentra afiliado, pues el desconocimiento de esas implicaciones puede inducir a error ante la mera información de los beneficios que ofrece el régimen al que se pretende afiliarse.

Así quedó explicado por la CSJ en sentencia del 9 de septiembre de 2008, radicado No. 31989 con ponencia del Dr. Eduardo López Villegas¹,

¹ "(...) Es razón de existencia de las Administradoras la necesidad del sistema de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos quienes les van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para su vejez, su invalidez o para su familia cercana en caso de muerte prematura.

Esas particularidades ubican a las Administradoras en el campo de la responsabilidad profesional, obligadas a prestar de forma eficiente, eficaz y oportuna todos los servicios inherentes a la calidad de instituciones de carácter previsional, la misma que, por ejercerse en un campo que la Constitución Política estima que concierne a los intereses públicos, tanto desde la perspectiva del artículo 48 como del artículo 335, se ha de estimar con una vara de rigor superior a la que se utiliza frente a las obligaciones entre particulares.

Por lo dicho es que la responsabilidad de las administradoras de pensiones es de carácter profesional, la que le impone el deber de cumplir puntualmente las obligaciones que taxativamente le señalan las normas, en especial las de los artículos 14 y 15 del Decreto 656 de 1994, cumplirlas todas con suma diligencia, con prudencia y pericia, y además todas aquellas que se le integran por fuerza de la naturaleza de las mismas, como lo manda el artículo 1603 del C.C., regla válida para las obligaciones cualquiera que fuere su fuente, legal, reglamentaria o contractual.

La doctrina ha bien elaborado un conjunto de obligaciones especiales, con específica vigencia para todas aquellas entidades cuya esencia es la gestión fiduciaria, como la de las administradoras de pensiones, que emanan de la buena fe, como el de la transparencia, vigilancia, y el deber de información.



posición que fue reiterada en múltiples pronunciamientos, dentro de los que se encuentran las sentencias con radicados SL 1421 del 19 de abril de 2019 y SL 1688 del 8 de mayo de 2019.

Trasladados los anteriores argumentos al asunto, para la Sala es claro, en primer lugar, que el simple diligenciamiento del formulario de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, no da luces acerca de que se brindó la información adecuada para proceder con el traslado de régimen pensional, pues en estos eventos, acorde con la jurisprudencia laboral, la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado; esto es, que por el tipo de responsabilidad que se le endilga a este tipo de entidades, sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional, frente a quienes simplemente llevan una desventaja en estos temas por importarles únicamente la protección de esos riesgos sin mayores aristas científicas o legales, es que las administradoras tienen el deber de demostrar que suministraron al afiliado la información completa y veraz sobre su situación pensional, que le permitan inferir al juez que, precisamente, por

La información debe comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.

Las administradoras de pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, a la medida de la asimetría que se ha de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego, en materias de alta complejidad.

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

“...En estas condiciones el engaño, no solo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional, que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue: de esta manera la diligencia debida se traduce en un traslado de la carga de la prueba del actor a la entidad demandada...” (Subrayado de la Sala).



haberse indicado todos los aspectos e implicaciones del traslado de régimen, el afiliado en realidad fue su deseo aceptar dichas condiciones, para que posteriormente no pueda alegar inducción al error o engaño alguno por la administradora en pensiones.

El sólo hecho de haber firmado el formulario de afiliación, no permite establecer que el demandante hubiese obtenido toda la información respecto a los efectos de su traslado de régimen, pues es claro que aunque un documento en el que se plasma la firma como aceptación de lo allí contenido, tiene cierto valor para acreditar esas estipulaciones, no es menos cierto que el ordenamiento jurídico también propende por un principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal.

Lo anterior, permite establecer con claridad, que las demandadas Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., debieron consignar en el respectivo formulario de afiliación las posibilidades del futuro derecho pensional del demandante, o haberse aventurado a realizar una simulación para indicarle que a cambio de efectuar el traslado, tenía mayores ventajas.

Así las cosas, se repite, no se trata sólo de recibir nuevos afiliados, sino de que aquellos cumplan con las exigencias legales para trasladarse, e incluso rechazarlos cuando su situación pensional y laboral les indica que es mejor que permanezcan en el régimen en el que están afiliados; por ende, como lo señala la jurisprudencia laboral, no sólo se debe ofrecer un formulario de vinculación, sino el de acompañar esa determinación del afiliado con la explicación de todas las etapas del proceso, tal como lo ha sentado la alta Corporación del trabajo, en el sentido que la entidad tiene la obligación de



informar “...desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional.”; particularidades que en el asunto no fueron acreditadas por la pasiva, en donde se pudiera constatar, por ejemplo, qué tipo de posibilidades para el reconocimiento pensional con base en la situación laboral del accionante, podía materializarse.

Ahora bien, se advierte que la máxima Corporación de Justicia Laboral ha efectuado una clara distinción con los efectos de la nulidad, pues adocrinó que conforme con lo que establece el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 “*la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado*” por lo que se ha de confirmar la decisión de primer grado en dicho sentido.

Por consiguiente, la Sala avala la ineficacia de la afiliación a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, así como los traslados horizontales efectuados a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., a efectos de mantener intangible la vinculación en el régimen administrado por COLPENSIONES enfatizando, que ninguna injerencia tienen circunstancias como la edad o densidad de cotizaciones, pues por el contrario los pronunciamientos existentes de la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, no establecen alguna clase de supuesto diferente adicional.

Así mismo, se hace necesario señalar que en las presentes diligencias no puede salir avante el medio exceptivo propuesto por las encartadas denominado como prescripción, teniendo en cuenta que si bien dicha figura extingue el derecho con el simple paso del tiempo, también lo es, que al tratarse de la configuración y conformación del derecho pensional, el mismo no puede ser objeto de declaratoria de prescripción al ser derechos irrenunciables de los afiliados. Ahora bien, debe advertirse que tampoco es



posible declarar el eventual medio exceptivo respecto de la posible condena a la devolución de los gastos de administración, toda vez, que del monto total de la cotización se incluye el valor de dicho concepto, cotización que de acuerdo con lo adocitrinado por la H. Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral no es susceptible de prescripción, sino a partir del momento en que se reconoce el derecho pensional, pues sirve para la construcción de la prestación, situación que no ocurre en el caso bajo estudio.

Ahora bien; frente al traslado de los saldos de la cuenta de ahorro individual, debe indicar la Sala que tanto en la sentencia de la CSJ del 4 de diciembre de 2011, radicado No. 31314, como en la sentencia SL4360 de 2019, se explicó que los efectos jurídicos de esta declaración, no son otros, que los de descartar cualquier derecho u obligación entre el afiliado y la entidad que cometió el error; de suerte que es Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, quien tiene el deber de devolver al sistema los valores recibidos y asumir los deterioros y como las cosas vuelven a su origen, deberá COLPENSIONES efectuar el cómputo de las semanas cotizadas, respecto de los aportes realizados por el actor, dentro de los cuales se deberán incluir los gastos de administración y seguros previsionales cobrados en vigencia de la afiliación del demandante, pues se reitera, que quien debe sufrir y asumir los deterioros de la ineficacia del traslado es la administradora privada quien no brindó la información suficiente al afiliado. Igual situación, ocurre respecto de los gastos de administración y seguros previsionales cobrados en vigencia de la afiliación del actor a la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., pues se reitera, quien debe asumir los perjuicios es la administradora de pensiones que no brindó la debida información, debiéndose confirmar la decisión de primer grado en tal sentido.



Aunado a lo anterior, es necesario precisar, que si bien los gastos de administración se encuentran debidamente consagrados en la Ley 100 de 1993, también lo es, que al ser declarada la ineficacia del traslado, es como si nunca hubiese existido la afiliación del actor en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y por tanto nunca se hubiere generado la obligación del cobro de tales emolumentos por parte de la administradora de pensiones, pues al mantenerse la afiliación, era Colpensiones quien debería proceder con el cobro de dichos conceptos y no la administradora privada. De igual forma, se hace necesario señalar, que si bien es cierto existen los pronunciamientos por parte de la Superintendencia Financiera, respecto de los montos que se debe trasladar, también lo es, que la reiterada jurisprudencia emitida por la Máxima Corporación de cierre de la Jurisdicción Ordinaria en su especialidad Laboral, ha indicado cuales son los montos que se deben devolver en los casos de declaratoria de ineficacia de la afiliación, por lo que se sigue dicha posición jurisprudencial.

Finalmente, como quiera que para dar cumplimiento a la orden impartida la Administradora Colombiana de Pensiones debe contar con los recursos y el extracto detallado de los pagos y ciclos cotizados por el actor, bajo una nueva orientación, considera la Sala que resulta oportuno, ordenar a las AFP que en el término de treinta (30) días hábiles dé cumplimiento a las órdenes impartidas en su contra.

Hasta aquí el estudio del Tribunal. Las costas de primera instancia estarán a cargo únicamente de la demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, y las de esta instancia a cargo únicamente de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A.



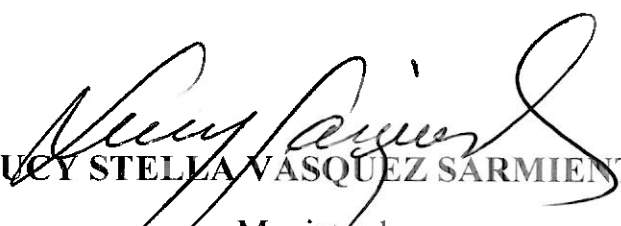
Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-035-2019-00248-01. Proceso Ordinario de Alberto Morales Gutiérrez contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

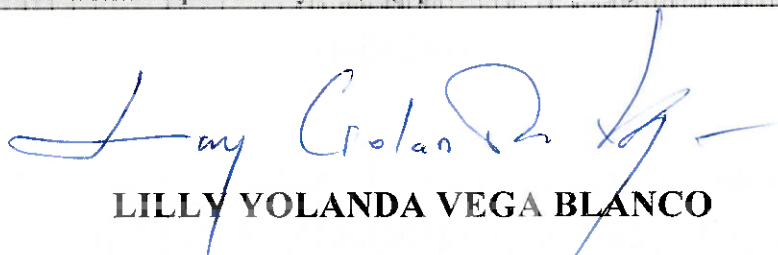
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia proferida en el sentido de ordenar a Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A., que en el término de treinta (30) días hábiles, den cumplimiento a las órdenes impartidas, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO: CONFIRMAR** la sentencia de primer grado en lo demás. **TERCERO: COSTAS** de primera instancia estarán a cargo únicamente de la demandada Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías y las de esta instancia a cargo únicamente de las encartadas Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A. y Old Mutual Pensiones y Cesantías S.A.; fíjense como agencias en derecho de esta instancia la suma de \$600.000.00 M/cte., para cada una de ellas, de conformidad con lo expuesto en las consideraciones de la decisión. **NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE.**


LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO
Magistrada



Ref.: Radicación N° 110-01-31-05-035-2019-00248-01. Proceso Ordinario de Alberto Morales Gutiérrez contra Colpensiones y Otros (Apelación Sentencia).



LILLY YOLANDA VEGA BLANCO

Magistrada



LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL

Magistrado

*Salvo voto
previo*



República de Colombia

**TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL
SALA LABORAL**

Bogotá, D. C., treinta y uno (31) de enero de dos mil veintitrés (2023)

Magistrada Ponente: **Dra. LUCY STELLA VÁSQUEZ SARMIENTO**

Ref.: radicación No. 11-001-31-05 039 2018 00280 01. Proceso ordinario de Carmenza Romero Lesmes contra Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. y Luis Eduardo Caicedo Rodríguez (Apelación Sentencia)

En Bogotá D. C., una vez corrido el traslado de rigor la Magistrada Ponente en asocio de los magistrados que conforman la Sala Séptima de Decisión, de acuerdo con las facultades otorgadas por el artículo 13 de la Ley 2213 del 13 de junio de 2022 procede en forma escrita a proferir **SENTENCIA**, resolviendo el grado jurisdicción de consulta a favor de la accionante frente a la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

Solicita la demandante mediante los trámites de un proceso ordinario laboral, que previa declaración de la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con el demandado Luis Eduardo Caicedo Rodríguez entre el 20 de septiembre 2006 y el 30 de abril de 2017, cuya finalización se produjo por causas imputables al empleador y que la demandada Olímpica S.A. es solidariamente responsable; se condene en forma solidaria a los demandados al reconocimiento y pago de primas de servicio, cesantías, intereses a las cesantías y aportes en pensión respecto de la



totalidad de la relación laboral; así mismo solicitó la indemnización por despido, la sanción por no consignación de cesantías y la indemnización moratoria.

Como sustento de sus súplicas afirmó en síntesis que el 20 de septiembre de 2006 se vinculó laboralmente con el demandado Luis Eduardo Caicedo Rodríguez mediante un contrato a término indefinido para la limpieza de trampas de comida en las instalaciones de los almacenes de la demandada Olímpica S.A., en forma continua e ininterrumpida.

Indicó que hasta el año 2008 trabajaba tres días a la semana de 2:00 de la tarde a 9:00 de la noche y posteriormente sábados, domingos y lunes festivos de 8:00 de la mañana a 9:30 de la noche, recibiendo como contraprestación por sus servicios la suma mensual de \$500.000,00

Señaló que durante algunos periodos no le fue cancelado su salario y que prestó servicios hasta el 30 de abril de 2017, porque su empleador no se volvió a comunicar con ella, sin que nunca se le cancelaran las acreencias laborales reclamadas.

Una vez notificados los demandados dieron respuesta a la acción, Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. adujo en esencia que la demandante no prestó servicios personales a su favor y nunca tuvo una relación laboral con el demandado Luis Eduardo Caicedo Rodríguez, con quien tuvo una relación marital hasta el año 2012 y con ocasión a la misma eventualmente le colaboraba. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa para pedir, buena fe y prescripción.

Por su parte el demandado Eduardo Caicedo Rodríguez indicó que la única relación que sostuvo con la demandante fue de carácter sentimental y que con



ocasión a la misma ocasionalmente lo apoyó en la actividad de limpiado de trampas de grasa alcanzando o sosteniendo algunos elementos, pero que fue él quien siempre se encargó de dicha actividad sin que jamás tuviera que cumplir un horario. Propuso en su defensa las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido o falta de causa para pedir, buena fe y prescripción.

La *aquo* absolvió a los demandados de todas y cada una de las pretensiones al considerar en esencia que si bien se acreditó la prestación de un servicio por parte de la demandante para el demandado Luis Eduardo Caicedo, la misma no fue continua y tampoco se dio en virtud de un contrato de trabajo, sino en condición de compañera permanente.

GRADO JURISIDCCIONAL DE CONSULTA

En tanto la decisión de primer grado fue adversa a los intereses de la demandante y no fue recurrida, se dispuso la remisión de la decisión de primera instancia en el grado jurisdicción de consulta.

Como no se observa causal de nulidad que invalide lo actuado, se procede a resolver lo pertinente, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

El conflicto jurídico que dio origen a la iniciación del presente proceso y cuyo análisis corresponde abordar a la Sala en el grado jurisdiccional de consulta, se contrae a establecer si entre la demandante y el demandado Luis Eduardo Caicedo Rodríguez existió una relación de carácter laboral, entre el 20 de septiembre de 2006 y el 30 de abril de 2017 y de ser así, si



los demandados se encuentran obligados en forma solidaria al pago de las acreencias laborales reclamadas.

En las condiciones en que se encuentra planteado el litigio, considera esta Colegiatura oportuno comenzar por señalar que de acuerdo con el artículo 23 del Código Sustantivo del Trabajo, tres elementos se requieren para concluir la existencia de esta clase de vínculos, a saber, la prestación personal del servicio, la retribución o salario, y la dependencia o continuada subordinación, que como elemento propio e identificable de esta clase de contratos, representa para el empleador el poder imperativo y directo de imponer órdenes en cualquier momento, y para el trabajador, su disposición de acatarlas y cumplirlas, lo que significa, que automáticamente queda excluido el concepto de autonomía, libertad o independencia en la ejecución de la labor.

Ahora bien, cumple advertir, que si bien el contrato de trabajo se configura con la concurrencia de los tres elementos reseñados, también lo es que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 24 del C.S.T.¹ basta con la acreditación de la prestación en forma personal del servicio para que se presuma su existencia, por tanto, cumplido tal presupuesto la carga probatoria se invierte y será en consecuencia a la demandada, si se opone a su existencia, a quien le corresponde acreditar que no se estructuran los elementos contenidos en el artículo 23 de esta misma obra, para desvirtuar dicha presunción.

En este punto importa a la Sala aclarar, que la prestación del servicio que se debe acreditar no puede ser otra, que aquella que se realiza no para beneficio propio sino bajo la supervisión, vigilancia, control, dirección y órdenes que para el efecto disponga o prevea quien se aduce contrató la labor; pues no es admisible derivar la existencia de una relación laboral cuando la actividad

¹ Subrogado por el artículo 2º de la Ley 50 de 1990.



frente a la cual se reclama la existencia del vínculo laboral es realizada por iniciativa propia de quien la ejecuta.

En relación con este último aspecto la máxima Corporación de Justicia Laboral, en sentencia 10839 del 18 de febrero de 1985, con ponencia del Magistrado doctor Manuel Enrique Daza Álvarez, enseñó:

“En desarrollo de la presunción legal que consagra dicho artículo 24, esta [S]ala de la Corte ha expresado reiteradamente que tal presunción desplaza la carga probatoria en beneficio del trabajador; pero tal presunción puede ser desvirtuada si se demuestra, por ejemplo, que quién prestó el servicio no tuvo el ánimo de obligarse para que se le retribuyera y obtener así una ganancia personal sino movido por fines altruistas, de filantropía, o por compañerismo. De manera que cuando en un proceso se demuestra que el trabajo ha sido prestado en virtud de un ánimo diferente al de recibir un provecho personal, se destruye la presunción juris tantum del artículo 24.”

Dando alcance a las anteriores premisas al caso objeto de estudio, corresponde tener en cuenta que el demandado Luis Eduardo Caicedo, frente a quien se reclama la existencia de la relación laboral, tanto en la contestación de la demanda como al absolver interrogatorio de parte niega la existencia del contrato de trabajo y aduce en su defensa que tuvo una relación que tuvo con la demandante fue de carácter sentimental y que con ocasión a la misma ésta ocasionalmente le colaboraba en la limpieza del lavado de trampas de grasa para Olímpica S.A., alcanzando o sosteniendo algunos elementos.

De un análisis conjunto de los medios de convicción aportados y practicados dentro del proceso, considera la Sala que, si bien entre la demandante y el demandado Luis Eduardo Caicedo existió una relación de carácter sentimental, los servicios que la demandante prestó para éste trascendieron del ámbito de la colaboración y ayuda mutua propios del vínculo familiar, sin que se llegara a constituir en un vínculo laboral.



En efecto, de un análisis conjunto de las declaraciones vertidas por los deponentes Diego Armando Zambrano Romero, hijo de la demandante, Juan de Jesús y Dora Ligia Romero Lesmes, hermanos de la demandante, y Rafael Enrique Bayona, vecino y colaborador de la demandante en la limpieza de trampas de grasa; advierte la Sala que si bien existió una relación de carácter sentimental entre la demandante y el demandado Luis Eduardo Caicedo, la misma se dio entre los años 2005 y 2009; y de su dicho es posible establecer con meridiana claridad que la demandante se encargaba de prestar servicios en la limpieza de trampas de grasa en establecimientos de la demandada Olímpica S.A. y que por dicha labor el referido demandado le reconocía determinada suma de dinero.

Lo anterior en tanto que los referidos testigos en condición de familiares y allegados a la familia, señalaron en forma coherente que la demandante sí sostuvo una relación sentimental con el demandado Luis Eduardo Caicedo, pero que la misma tan solo se extendió hasta el año 2009, también indicaron que los fines de semana la demandante junto con el demandado Luis Eduardo Caicedo, efectuaban la limpieza de trampas de grasa en establecimiento de la demandada Olímpica S.A. y que por cuestiones de salud Diego Armando Zambrano Romero, Juan de Jesús Romero Lesmes y Rafael Enrique Bayona fueron contratados en diferentes épocas por la demandante para que le ayudaran en dicha labor, y que ella era quien se encargaba de efectuarles el pago, para que el demandado no se lo descontara de la parte que le correspondía.

Ahora; aunque los testigos Diego Armando Zambrano Romero, Juan de Jesús y Dora Ligia Romero Lesmes, fueron tachados de sospechosos en consideración a su relación de consanguinidad con la demandante, lo cierto es que su dicho no denota parcialidad o animadversión, y sí fue coherente con otras declaraciones como las de Rafael Enrique Bayona y Walter Castro.



Este último, en condición de contratista de la demandada Olímpica S.A., señaló que el demandado Luis Eduardo Caicedo era contratista de la misma sociedad para la limpieza de trampas de grasa en algunos de sus establecimientos, que en tal condición ocasionalmente se cruzaban y que, aunque no siempre, generalmente lo veía con la demandante, quien le ayudaba a limpiar las trampas de grasa y quien además fue su pareja; agregó que tiene entendido que le pagaba por dicha labor, en tanto los días que se efectuaban los pagos a contratistas el demandado iba con la demandante y ella le cobraba.

Por su parte los testigos Álvaro José Manotas y Edwin Ferney González Camargo, en condición de empleados de Olímpica S.A. coincidieron en afirmar que el demandado Luis Eduardo Caicedo era contratista de su empleadora, que en virtud de tal vínculo se encargaba del lavado de trampas de grasa y que para dicha función existía una programación dependiendo de cada punto; sin embargo, cada uno de estos precisó que nunca vio al demandado Caicedo ejecutar dicha labor.

Ahora, si bien los servicios que prestó la demandante para el demandado Luis Eduardo Caicedo no se encontraban enmarcados en una ayuda o colaboración familiar dada la relación sentimental que sostuvieron, lo cierto es, que no es posible acceder al reconocimiento de la existencia de una relación laboral; pues se advierte que contaba con la autonomía para designar la persona que realizara la actividad, lo que denota la inexistencia de uno de los elementos propios del contrato de trabajo como lo es la prestación personal del servicio; sino que además, tal como lo lo reconoció la propia demandante y lo refirieron los deponentes Diego Armando Zambrano y Walter Castro, el servicio tampoco fue desempeñado en forma continua, pues en algunos fines de semana la demandante no pudo asistir y enviaba a un tercero que la remplazaba, persona a quien esta le reconocía la suma de \$40.000.



En ese orden, además de observarse que la demandante prestaba el servicio de forma autónoma, aun en gracia de discusión, a efectos de impartir condena por las acreencias laborales reclamadas es un presupuesto indispensable la determinación de los días en que se prestó el servicio.

Los argumentos expuestos, considera la Sala resultan suficientes para confirmar la determinación acogida en primera instancia, pero por las razones expuestas en la parte motiva de la presente decisión. No habrá lugar a la imposición de costas en esta instancia dado que el proceso fue conocido en el grado jurisdiccional de consulta.

DECISIÓN:

En razón y mérito de lo expuesto, la SALA SÉPTIMA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia, y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO.- CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá pero por las razones expuestas.

SEGUNDO.- COSTAS sin lugar a su imposición en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.


LUCY STELLA VASQUEZ SARMIENTO
Magistrada



Ref.: radicación No. 11-001-31-05-039 2018-00280-01. Proceso ordinario de Carmenza
Romero Lesmes contra Supertiendas y Droguerías Olímpica S.A. y otro (Apelación Sentencia)


LILLY YOLANDA VEGA BLANCO
Magistrada


LUIS AGUSTÍN VEGA CARVAJAL
Magistrado