



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 36-2020-00352-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de **PORVENIR S.A.** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de **COLPENSIONES** contra el fallo del 06 de febrero de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos e indexado, reactivó la vinculación en el RPM y condenó en costas a las **DEMANDADAS** (01:00:57 archivo "22AudienciaArt7780").

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (Pág. 6 a 27 archivo "01DemandaAnexos").**

**RICARDO ALFONSO MORA ARÉVALO** solicitó declarar ineficaz su traslado al RAIS y de AFP, devolver el saldo de su CAIP sin descuentos, reactivar su vinculación al RPM, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 09 de febrero de 1965, que se afilió al ISS hasta mayo de 1994, mes en que se trasladó al RAIS mediante afiliación a **COLFONDOS S.A.**, en junio de 1996 a COLMENA AFP hoy **PROTECCIÓN S.A.**, en enero de 2000 retornó a HORIZONTE AFP hoy **PORVENIR S.A.**, en junio de 2006 a ING AFP

hoy **PROTECCIÓN S.A.** y en diciembre de 2007 a HORIZONTE AFP hoy **PORVENIR S.A.**, AFP que no suministraron información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Afirmó que el 16 de octubre de 2019 solicitó su traslado al RPM, petición que rechazó **COLPENSIONES**, petición que también elevó a las **AFP DEMANDADAS**, quienes rechazaron la misma.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos al nacimiento del afiliado y negó su solicitud de retorno al RPM. Señaló que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS, no obstante, en los traslados hacia HORIZONTE AFP hoy **PORVENIR S.A.** brindó asesoría sobre las condiciones de cada régimen pensional, sus características, funcionamiento y forma de consolidación del derecho pensional, tras lo cual el **DEMANDANTE** tomó la decisión libre e informada de vincularse, actos jurídicos frente los cuales no hay causa para hacer cesar sus efectos jurídicos. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Pág. 3 a 32 archivo “05ContestacionPorvenir”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado y que negó su solicitud de traslado al RPM. Afirmó que desconoce las circunstancias del traslado al RAIS, en todo caso, **PROTECCIÓN S.A.** cumplió con asesorar al potencial afiliado de las condiciones de cada régimen y consecuencias de permanecer en uno u otro, brindado la suficiente información para el ejercicio de la libertad de selección de régimen, sin que haya causa para declarar nulo o ineficaz la vinculación a las AFP. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la

obligación de devolver el seguro previsional, reconocimiento de restituciones mutuas a favor de la AFP e inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración, traslado de aportes a otra administradora y la genérica (Pág. 3 a 27 archivo “06ContestacionProteccion”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado, fecha de traslado al RAIS y que negó su retorno al RPM. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS y que el **DEMANDANTE** no acreditó las falencias alegadas en la demanda, en todo caso, es deber del afiliado informarse del producto que va a adquirir, las condiciones de los regímenes pensionales se pueden verificar en la Ley, que es de público conocimiento y no procede el retorno al RPM por la restricción de traslado por edad y afectación de la sostenibilidad financiera del sistema. Interpuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante **COLPENSIONES**, responsabilidad *sui generis* de las entidades de seguridad social, buena fe, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inoperancia del principio constitucional de sostenibilidad del Sistema, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica (Pág. 2 a 25 archivo “07ContestacionColpensiones”).

**COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la fecha de traslado al RAIS y negó la solicitud de retorno al RPM. Indicó que el traslado al RAIS se generó tras una asesoría integral y completa sobre los regímenes pensionales, que permitió al **DEMANDANTE** determinar, de forma informada, la conveniencia de vincularse a la AFP, conociendo los efectos de dicha decisión, de lo cual dejó constancia por escrito, además nunca manifestó oposición o deseo de retornar al RPM y por el contrario ratificó su ánimo de pertenecer al régimen de ahorro

individual con múltiples traslados de AFP. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación a **COLFONDOS S.A.**, prescripción, compensación y pago y la genérica (Pág. 5 a 22 archivo “10ContestacionColfondos”).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:00:57 archivo “22AudienciaArt7780”).**

El 06 de febrero de 2023, el Juzgado 36 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado efectuado por el señor RICARDO ALFONSO MORA ARÉVALO del régimen de prima media con prestación definida al de ahorro individual con solidaridad, con fecha de efectividad del 1° de mayo de 1994, a través de COLFONDOS. SEGUNDO: ORDENAR a PORVENIR a normalizar la afiliación del actor en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP y a trasladar a COLPENSIONES la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual del DEMANDANTE, incluidos los rendimientos y bonos pensionales, lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, los costos de las primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas. Lo anterior, con la precisión de que dicha medida cubre tanto el periodo de permanencia con la AFP HORIZONTE como con PORVENIR. TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS y a PROTECCIÓN a transferir a COLPENSIONES lo recaudado por concepto de gastos de administración y comisiones, incluidos los costos de las primas de seguros previsionales y los aportes realizados al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas a la fecha de su pago, en aras de corregir la pérdida del poder adquisitivo de la moneda. Señalando que dicha medida cubre tanto el periodo de permanencia con COLMENA e ING como directamente con PROTECCIÓN. CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir e imputar, una vez recibidos los aportes, a la historia laboral de la DEMANDANTE. QUINTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción de prescripción. SEXTO: CONDÉNESE en costas a las DEMANDADAS, liquídense como agencias en derecho la suma de un 1 SMLMV a cargo de cada una de las mismas. SÉPTIMO: CONSÚLTESE con el Superior la presente sentencia, en favor de COLPENSIONES, conforme lo establece el artículo 69 CPTSS. (...)”.*

La *a quo* fijó como problema jurídico establecer si el traslado del RPM al RAIS es ineficaz y la procedencia de las demás pretensiones.

Para resolver indicó que desde su creación las AFP tienen el deber de información al potencial afiliado y su cumplimiento no se

acredita con el mero formulario de afiliación, por tanto, ante la ausencia de prueba de que se acató tal obligación ordenó la ineficacia.

### III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Alegó que no proceden las condenas en su contra, especialmente a costas, porque el litigio derivó de la negativa de aceptar el retorno al RPM, el cual se solicitó cuando ya había imposibilidad legal para aceptarlo según la Ley 797 de 2003, además no se probó ningún vicio del consentimiento ni causa de ineficacia del traslado al RAIS, en donde el **DEMANDANTE** permaneció muchos años y antes se trasladó entre varias AFP (01:03:43 archivo “22AudienciaArt7780”).

La demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo. Aseguró que no aplica la línea jurisprudencial de la H. CSJ porque los hechos del caso no son similares a los de los litigios que resolvió la Alta Corte ya que aquí la **DEMANDANTE** se afilió conforme la normatividad vigente a la fecha de traslado al RAIS y no se pueden exigir cargas que nacieron con normas posteriores desconociendo la irretroactividad de la Ley y la seguridad jurídica. No hay razones de hecho ni derecho para declarar la ineficacia porque el afiliado tomó su propia decisión sin considerar el resolver sus dudas ante las AFP. Alegó falta de mérito para devolver los rendimientos, porque si hay ineficacia el negocio nunca se celebró y la AFP no debe devolver los frutos de su gestión y aceptar lo contrario genera un enriquecimiento sin justa causa, además la AFP actuó como agente oficioso y tiene derecho al reembolso de la utilidad efectiva obtenida y solo debe regresar los rendimientos que se hubieran causado en el RPM conforme los artículos 2304 y 2310 CCO, siendo la ineficacia del RAIS un híbrido ajeno a la figura de la ineficacia y la AFP tiene derecho a los gastos de administración que utilizó para acrecentar el patrimonio del afiliado y el artículo 1746 CC indica que cada parte es responsable de los deterioros y gastos de administración al hacer las restituciones, gastos que no financian la pensión en ningún régimen y que no señaló el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 como concepto a devolver por traslado y no hay razón

para apartarse de la anterior norma, por su parte las pólizas ya se pagaron a las aseguradoras que cubrieron el riesgo al **DEMANDANTE** y hay figuras que no se pueden retrotraer. No hay lugar a la indexación porque la condena a los rendimientos cubre dicho concepto, por último, al no haber mérito para la ineficacia y como el artículo 112 de la Ley 100 de 1993 impide rechazar la solicitud de afiliación, no procede condena a costas (01:05:47 archivo “22AudienciaArt7780”).

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la firma apoderada de **COLPENSIONES** sustituyó poder al doctor Giovanni Alexis Grego Cardona, identificado con CC 1.053.826.799 y TP 302.837 del CSJ, a quien se reconoce como apoderado sustituto de dicha parte, quien solicitó revocar el fallo reiterando los argumentos de su recurso de apelación. De otra parte, la firma apoderada de **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo, haciendo énfasis en los reproches señalados en su recurso. Agotado el término, los apoderados de las otras partes no presentaron alegatos.

#### **V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

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

#### **VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación con **COLFONDOS S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* el demandante **RICARDO ALFONSO MORA ARÉVALO** nació el 09 de febrero de 1965 (Pág. 32 archivo “01DemandaAnexos”); *ii)* el **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 20 de agosto de 1985 al 30 de abril de 1994 cotizando 414,71 semanas (Pág. 47 a 50 archivo “07ContestacionColpensiones”); *iii)* el **DEMANDANTE** se trasladó al RAIS mediante formulario de afiliación a **COLFONDOS S.A.** del 19 de abril de 1994, efectivo a partir del 1º de mayo de 1995 (Pág. 23, 31 archivo “10ContestacionColfondos”); *iv)* el **DEMANDANTE** se trasladó a HORIZONTE AFP hoy **PORVENIR S.A.** con formulario del 1º de marzo de 1995, efectivo a partir del 1º de abril de 1995; luego se trasladó a COLMENA AFP hoy **PROTECCIÓN S.A.** con formulario del 02 de abril de 1996, efectivo desde el 1º de junio de 1996; retornó a HORIZONTE AFP mediante formulario del 30 de noviembre de 1999, efectivo desde el 1º de enero de 2000; se trasladó hacia SANTANDER AFP hoy **PROTECCIÓN S.A.** por formulario del 28 de febrero de 2006, efectivo a partir del 1º de abril de 2006; regreso hacia HORIZONTE AFP hoy **PORVENIR S.A.** el 11 de octubre de 2007, movimiento efectivo el 1º de diciembre de 2007, AFP donde continua vinculado y acumula 1381 semanas cotizadas a marzo de 2021 (Pág. 33, 92 a 93, 102 a 103 archivo “05ContestacionPorvenir”; Pág. 36 a 37, 39 A 41 archivo “06ContestacionProteccion”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos e indexado, reactivó la vinculación en el RPM y condenó en costas a las

**DEMANDADAS.** Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** y **PORVENIR S.A.** interponen recurso de apelación.

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

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

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

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

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

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

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

También dijo la Corte que para el efecto no importa si el afiliado es o no beneficiario del régimen de transición y que en todos los casos debe cumplirse con el deber de información como requisito sustancial,

razonamientos que han sido reiterados recientemente en la sentencia SL1688 de 2019 y SL3188 de 2022.

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

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

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

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

## CASO CONCRETO

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE, COLFONDOS S.A.** y demás **AFP DEMANDADAS** brindaran asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditaron porque solo allegaron los formularios de afiliación, sin que la firma de este por el afiliado las exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que las referidas AFP no demostraron el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o posteriores traslados de AFP.

De otra parte, el **DEMANDANTE** en su interrogatorio reconoció que solicitó su retorno al RPM luego de la restricción de traslado por edad, pero aclaró que nunca recibió asesoría al momento de su traslado al RAIS y que desconoce aspectos fundamentales de dicho régimen, manifestación que no beneficia a las **DEMANDADAS** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

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

Se advierte que actos como no usar el derecho de retracto, realizar traslados horizontales en el RAIS, permanecer por varios años efectuando cotizaciones de forma continua o no solicitar el retorno al RPM antes de la restricción por edad, por si solos, no denotan una

debida y suficiente asesoría sobre las condiciones y características de cada régimen y el riesgo financiero que se asume al permanecer en el uno o en el otro, tal y como se ha indicado en las sentencias SL538 de 2022, SL1660 de 2022, SL1903 de 2022, entre otras, providencias en las que se descartó el uso de la tesis de los actos de relacionamiento en los litigios sobre la validez del traslado de régimen pensional.

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

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

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del **DEMANDANTE** junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento en que la **AFP DEMANDADA** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Se **ADVIERTE** que la orden a **PORVENIR S.A.** de normalizar la afiliación del afiliado en el Sistema de Información de los Afiliados a los Fondos de Pensión SIAFP se mantienen incólume.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a devolver a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento en que las **AFP DEMANDADAS** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos,

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

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

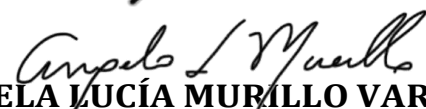
**CUARTO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.

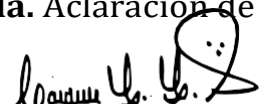
**QUINTO: SIN COSTAS** en esta instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY  
Magistrado.

  
ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN  
Magistrada. Aclaración de voto

  
CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ  
Magistrada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: RICARDO ALFONSO MORA AREVALO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 036 2020 00352 01

## **MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 38-2020-00265-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión el recurso de apelación de la **DEMANDANTE** contra el fallo del 21 de febrero de 2023, que absolvió de las pretensiones y condenó en costas a la **DEMANDANTE** (01:12:24 archivo “27ActaSentenciaAbsuelve20230221”).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA** (Pág. 1 a 16 archivo “01DemandaOrdinaria”).

**PATRICIA MONTOYA FALLA** solicitó declarar nulo o ineficaz su traslado al RAIS y de AFP, devolver el saldo de su CAIP, declarar que está vinculado al RPM, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 04 de mayo de 1959, que cotizó al ISS del 14 de marzo de 1986 al 05 de mayo de 1987 y del 1° de mayo de 1997 al 31 de julio de 1999 y a CAJANAL del 26 de abril de 1989 al 10 de septiembre de 1992, que el 29 de enero de 2001 se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** y el 11 de junio de 2009 pasó a **SKANDIA S.A.**, AFP que no suministraron

información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que no está pensionada y que en febrero de 2020 solicitó su vinculación a **COLPENSIONES**, solicitud que fue rechazada, así mismo solicitó a las **AFP DEMANDADAS** la anulación de su vinculación, petición desestimada, por último, alegó que no logrará acumular el capital para acceder a una pensión de vejez en el RAIS, mientras que en el RPM accedería a la misma.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado y que negó su retorno al RPM. Indicó que desconoce las circunstancias de traslado al RAIS, no obstante, el **DEMANDANTE** no allegó prueba de las presuntas falencias alegadas en la demanda, en todo caso, no procede el retorno al RPM por la restricción de traslado por edad y afectación a la sostenibilidad financiera del sistema. Interpuso las excepciones de aplicación del precedente de la sentencia SL373 de 2021, error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica (Pág. 2 a 19 archivo “07ContestacionColpensiones20210920”).

**SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la vinculación actual del **DEMANDANTE**. Indicó que no le constan las circunstancias de traslado al RAIS, por cuanto recibió al afiliado el 11 de junio de 2009 desde **PORVENIR S.A.**, fecha para la cual no podía retornar al RPM por la restricción de traslado por edad, por lo cual tenía la imposibilidad fáctica y jurídica de informar las particularidades de cada régimen ya que no podía cambiar al RPM. Interpuso las excepciones de no participar ni intervenir en la selección de régimen, la **DEMANDANTE** esta inhabilitada para el traslado de

régimen por edad y tiempo cotizado, ausencia de configuración de causal de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso al momento de afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, supuestos fácticos del proceso no son ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por la **DEMANDANTE**, prescripción, imposibilidad de reintegrar gastos de administración, buena fe y la genérica (Pág. 1 a 18 archivo “08ContestacionSkandia22020222”).

**SKANDIA S.A.** llamó en garantía a **MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** (Pág. 65 a 68 archivo “08ContestacionSkandia22020222”), el cual se aceptó por auto en oralidad dictado en audiencia del 1° de julio de 2022 (archivo “16ActaAudienciaArt7720220701”)

**MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.** se opuso a las pretensiones. Indicó que no le consta ningún hecho, en todo caso, señaló que **SKANDÍA S.A.** recibió a la afiliada como traslado de AFP, conforme todos los deberes normativos vigentes para la época y atendiendo su deber de información con los parámetros exigidos en ese entonces. Interpuso las excepciones de que el acto de afiliación al RAIS fue debidamente informado y la decisión lo fue bajo el principio de autonomía de la voluntad sin vicio del consentimiento siendo lícita y válida, inexistencia de motivos que tipifiquen alguna causal de nulidad material o invalidación del acto jurídico de afiliación a **SKANDIA S.A.**, la **DEMANDANTE** esta inhabilitada para trasladarse de régimen pensional y reconocimiento oficioso de excepciones.

**MAPFRE S.A.** también se opuso a las pretensiones del llamamiento. Aceptó los hechos relativos al seguro previsional de invalidez y sobrevivencia con pólizas 9201407000002 del 1° de enero de 2009 al 31 de diciembre de 2011 y 9201411900149 del 1° de enero de 2012 al 31 de diciembre de 2018. Alegó que la cobertura de los contratos de seguros no fue otro que la cobertura de riesgos de muerte por riesgo común, invalidez por riesgo común, incapacidad temporal y

auxilio monetario, sin cubrir las contingencias económicas derivadas de la pérdida de efectos jurídicos del traslado al RAIS y entre AFP. Interpuso las excepciones de inexistencia de derecho contractual por parte de **SKANDIA S.A.**, falta de amparo de la AFP, inexistencia de obligación de devolver la prima legalmente devengada, inoponibilidad a la aseguradora de la eventual sentencia condenatoria, prescripción y reconocimiento oficioso de excepciones (Pág 1 a 20 archivo “18ContestacionMaprfe20220727”).

Por auto del 15 de junio de 2022 se tuvo por no contestada la demanda por **PORVENIR S.A.** (archivo “10AutoFijaFecha20220615”).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:12:24 archivo “27ActaSentenciaAbsuelve20230221”).**

El 21 de febrero de 2023, el Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) PRIMERO: ABSOLVER a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y a las AFP PORVENIR S.A. y SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. de todas y cada una de las pretensiones formuladas en la demanda por la señora PATRICIA MONTOYA FALLA, lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia. SEGUNDO: EXCEPCIONES, dadas las resultas del juicio, el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas. TERCERO: COSTAS lo serán a cargo del DEMANDANTE. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$500.000 en favor de cada una de las accionadas. CUARTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR. (...)”.*

La *a quo* fijó como problema jurídico verificar los hechos no aceptados para determinar la viabilidad de las pretensiones.

Para resolver indicó que la **DEMANDANTE** confesó que suscribió la afiliación a **PORVENIR S.A.** sin intervención de asesor de la AFP, conforme el procedimiento del artículo 11 y siguientes del Decreto 692 de 1994, siendo que todos los hechos de la demanda reprochaban conductas de un asesor que en la realidad nunca participó en el trámite de traslado, por lo cual no hay responsabilidad de la AFP

porque dicha administradora no cometió el acto reprochado, por tanto, no hay soporte fáctico de las pretensiones porque en la demanda nunca se reprochó el actuar del empleador, quien no fue llamado a juicio y cuyo comportamiento no fue objeto de debate probatorio, sin que la tesis de inversión de la carga de la prueba sea aplicable al ser una persona distinta a una AFP respecto quien se hacen afirmaciones positivas, las cuales no demostró la **DEMANDANTE**.

### III. RECURSO DE APELACIÓN.

La **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones. Indicó que el Juez se apartó del precedente jurisprudencial sin cumplir la carga de transparencia y argumentación, desconociendo la labor unificadora del ordenamiento jurídico que ejecuta el órgano de cierre, toda vez que no identificó las reglas de las cuales se apartó y, además de ello, adicionó una regla que no ha identificado la H. CSJ, a saber, que el precedente de ineficacia por falta del deber de información requiere la interacción del afectado con un asesor, así las cosas, como no se demostró que el asesor ilustrara las características de los regímenes y las consecuencias del traslado al RAIS y permanecer en éste, son procedentes las suplicas de la demanda (01:13:24 archivo “27ActaSentenciaAbsuelve20230221”).

### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de **COLPENSIONES** solicitó confirmar el fallo apelado. A su vez, el apoderado de **PORVENIR S.A.** reclamó confirmar la providencia controvertida. Agotado el término, los apoderados de las demás partes no presentaron alegatos.

## V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

## VI. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

## VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la demandante **PATRICIA MONTOYA FALLA** nació el 04 de mayo de 1959 (Pág. 46 archivo “01DemandaOrdinaria”); *ii)* la **DEMANDANTE** registra 91,14 semanas cotizadas según historia laboral de **COLPENSIONES** (Pág. 48 archivo “01DemandaOrdinaria”); *iii)* la **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** del 29 de enero de 2001 (Pág. 68 archivo “01DemandaOrdinaria”); *iv)* la **DEMANDANTE** se trasladó a **SKANDIA S.A.** mediante formulario del 11 de junio de 2009, AFP donde permanece vinculada y acumula 1284 semanas cotizadas a febrero de 2021 (Pág. 33, 43 archivo “08ContestacionSkandia22020222”).

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

Procede la Sala a resolver el recurso de apelación, siendo relevante considerar que el apoderado de la **DEMANDANTE** alegó en su recurso de apelación que el *a quo* se apartó arbitrariamente del precedente.

A juicio de esta Corporación, en el presente asunto el Juez de conocimiento indicó, con claridad, que los supuestos fácticos presentados en la demanda fueron totalmente desvirtuados por el dicho de la **DEMANDANTE**, quien en interrogatorio manifestó reiteradamente que en su traslado al RAIS no intervino, de ninguna forma, los asesores de **PORVENIR S.A.**

En efecto, la **DEMANDANTE** indicó que al momento de ser contratada en el INSTITUTO SAN JUAN BOSCO, su empleador le pasó los formatos que debía suscribir para iniciar la relación, entre ellos el formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.**, el cual ya estaba elaborado, sin que estuviera presente ningún promotor de la AFP, inclusive, el Juez efectuó preguntas colocando de presente dicho formulario, ante lo cual la **DEMANDANTE** reiteró que nunca participó un asesor de la AFP y que se limitó a firmar el documento, sin recibir ninguna asesoría de los funcionarios de la institución educativa presentes, a saber, la coordinadora académica, un sacerdote y secretaria (08:12, 19:35, 22:40 archivo “27ActaSentenciaAbsuelve20230221”).

Así las cosas, esta Tribunal comparte la decisión del *a quo*, por cuanto los hechos de la demanda indican que **PORVENIR S.A.** no cumplió su deber de información, llegando a cuestionar la capacitación de sus asesores y la omisión de asesoría sobre aspectos claves para tomar una decisión informada, no obstante, dichos supuestos fácticos y omisiones fueron todos ellos desvirtuados con el dicho de la **DEMANDANTE**, quien de forma contundente indicó que no participó en modo alguno los asesores de la AFP en el acto de traslado al RAIS.

Los supuestos fácticos expresados en la demanda y que fueron discutidos en juicio no se corresponden con las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se practicó el traslado al RAIS, motivo por el cual no fueron objeto de debate probatorio por cuanto las **DEMANDADAS** procedieron a contestar la demanda en los términos allí indicados, sin incluir en ningún momento controversia relacionada con

el comportamiento del empleador de la afiliada, asunto que quedo por fuera del problema jurídico.

Tampoco es posible el uso de las facultades ultra y extra petita para resolver el litigio de forma favorable a la **DEMANDANTE**, por cuanto al no haber sido formulado en la demanda ningún hecho relativo a las reales circunstancias en las que aconteció el traslado, en especial sobre la conducta del empleador, **el cual ni siquiera fue llamado a juicio y cuya conducta no fue discutida ni probada en el proceso**, por lo cual no se puede sorprender a las **DEMANDADAS** con condena impuesta con base en supuestos fácticos no relatados en la demanda y respecto los cuales no tuvieron oportunidad de pronunciarse.

En consecuencia, mal haría este Tribunal en considerar que las circunstancias fácticas del presente asunto equivalen a las consideradas en la regla jurisprudencial de la H. CSJ relativa a la ineficacia del traslado al RAIS, por cuanto en las providencias que componen la regla decisoria jurisprudencial se reprocha el incumplimiento de la AFP del deber de información, asesoría y buen consejo, conforme su desarrollo histórico, respecto del afiliado, juicio de conducta que no es posible de adelantar en el presente asunto en donde la **DEMANDANTE** indicó que no hubo participación de asesor alguno de **PORVENIR S.A.** en el acto de traslado, lo que impide reprochar la conducta de una administradora que no estuvo presente al momento de traslado al RAIS.

Así las cosas, no le asiste mérito al apoderado de la **DEMANDANTE** en los reproches efectuados en su recurso de apelación, por cuanto el *a quo* identificó de forma clara y concreta los motivos por los cuales en el presente asunto no era aplicable el precedente jurisprudencial reclamado, al tal punto que este Tribunal advierte que no es cierto que se haya apartado de dicho precedente sino simplemente indicó que los hechos fácticos del traslado al RAIS, sin intervención de asesor alguno de **PORVENIR S.A.**, difieren de los considerados por la H CSJ en la línea jurisprudencial de ineficacia de traslado por omisión del deber de información, en todos los cuales se reprocha la conducta de la AFP,

conducta que no se dio en el caso bajo estudio por cuanto dicha administradora no estuvo presente en la firma de formulario de afiliación.

En efecto, aparte de un precedente jurisprudencial presupone que el mismo sea aplicable pese lo cual, agotada la carga de transparencia y argumentación o suficiencia, no se aplica el misma al caso concreto, situación diferente a la del presente asunto, donde no hubo necesidad de apartarse del precedente porque el mismo ni siquiera era aplicable al caso bajo estudio.

Por las anteriores consideraciones se confirmará la sentencia apelada.

Sin costas en esta instancia.

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

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

### **RESUELVE**

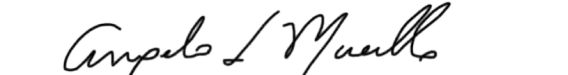
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

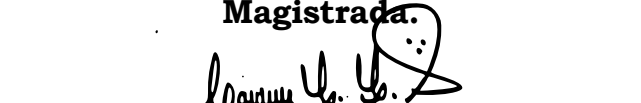
**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 39-2019-00649-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de **SKANDIA S.A.** y el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra el fallo del 07 de diciembre de 2022, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos e indexado, reactivó la vinculación en el RPM y condenó en costas a las **AFP DEMANDADAS** (01:08:33 archivo “22VideoAudiencia20221207”).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA** (Pág. 3 a 39 archivo “01ExpedienteFisicoDigitalizado”).

**ORLANDO GONZÁLEZ RAMÍREZ** solicitó declarar ineficaz su traslado al RAIS, declarar que esta vinculado al RPM, devolver el saldo de su CAIP sin descuentos, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se afilió a pensiones en septiembre de 1982, que el 15 de junio de 1994 se traslado al RAIS mediante afiliación a **COLFONDOS S.A.** y luego se trasladó a OLD MUTUAL AFP hoy **SKANDIA S.A.**, AFP que no suministraron

información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que **COLFONDOS S.A.** no le entregó los soportes documentales de la presunta asesoría previo el traslado de régimen, que su mesada en el RPM sería más alta que en el RAIS y que a pesar de que solicitó la anulación de su afiliación al RAIS las **DEMANDADAS** hicieron caso omiso.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

OLD MUTUAL AFP hoy **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó los hechos relativos a la vinculación del **DEMANDANTE** al sistema de pensiones, que es su actual afiliado y negó su solicitud de anulación de su vinculación al RAIS. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado de régimen pensional, sin embargo, aseguró que de manera previa al traslado de AFP informó al **DEMANDANTE** de las características de los regímenes pensionales, de lo cual se dejó constancia escrita, reuniendo dicha vinculación todos los requisitos para su validez. Interpuso las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe, prescripción y la genérica (Pág. 300 a 313 archivo “01ExpedienteFisicoDigitalizado”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la vinculación a pensión del **DEMANDANTE** y que negó su solicitud de anulación de vinculación al RAIS. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS porque el afiliado no cumplió la carga de acreditar las falencias alegadas en la demanda, en todo caso, no procede el retorno al RPM por la restricción de traslado por edad y porque afectaría el principio de sostenibilidad financiera del sistema. Interpuso las excepciones de prescripción, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones

administradoras de seguridad social públicas y la genérica (Pág. 350 a 387 archivo “01ExpedienteFisicoDigitalizado”).

**COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la vinculación del afiliado al sistema de pensiones y que actualmente pertenece a OLD MUTUAL AFP. Aseguró que brindó asesoría integral y completa sobre los regímenes pensionales, sus ventajas y desventajas, tras lo cual el **DEMANDANTE** tomo la decisión informada de pertenecer al RAIS, de lo cual dejó constancia por escrito en el formulario de afiliación, vinculación que se realizó con el lleno de los requisitos normativos vigentes para la época del traslado, sin que exista causal de nulidad o ineficacia de la misma. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de causa y objeto, pago, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación a la AFP, prescripción, compensación y la genérica (Pág. 4 a 27 archivo “14ContestacionColfondos20220406”).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:08:33 archivo “22VideoAudiencia20221207”).**

El 07 de diciembre de 2022, el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR que el traslado que hizo el señor ORLANDO GONZÁLEZ RAMÍREZ del régimen de prima media al régimen de ahorro individual a través de COLFONDOS S.A. a partir de julio de 1994 es ineficaz y, por ende, no produjo efecto alguno por lo que se deberá entender que jamás se separó del régimen de prima media, situación que también se deberá entender del traslado que hizo de COLFONDOS S.A. a SKANDIA S.A. SEGUNDO: CONDENAR a COLFONDOS S.A. a que transfiera los gastos de administración o comisiones de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, conceptos debidamente indexados al momento del pago todo a favor de COLPENSIONES entidad que administra el régimen de prima media. TERCERO: ORDENAR a SKANDIA S.A. que transfiera las sumas de dinero que obren en la cuenta de ahorro individual del DEMANDANTE, junto con el bono pensional de haberse redimido, así como los gastos de administración o comisiones de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, estos últimos*

*emolumentos debidamente indexados al momento del pago. **CUARTO: ORDENAR** a COLPENSIONES que reciba los dineros de los que se habla en el numeral segundo y tercero y reactive la afiliación del DEMANDANTE sin solución de continuidad. **QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones presentadas por las DEMANDADAS. **SEXTO: INFORMARLE** a COLPENSIONES que puede acudir a las acciones judiciales en aras de obtener los perjuicios que pueda causar el recibir al señor ORLANDO GONZÁLEZ RAMÍREZ al régimen de prima media en contra de COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A. **SÉPTIMO: CONDÉNESE** en costas a COLFONDOS S.A. y SKANDIA S.A, dentro de las cuales se deberá incluir como agencias en derecho la suma de \$2.000.000, para la liquidación se deberá aplicar la regla sexta del artículo 365, se exonera de las costas a COLPENSIONES teniendo en cuenta lo manifestado en la parte motiva de esta sentencia. **OCTAVO: CONSÚLTESE** la presente decisión por resultar algunas órdenes a cargo de COLPENSIONES. (...)."*

La *a quo* fijó como problema jurídico establecer si el traslado del RPM al RAIS es ineficaz y la procedencia de las demás pretensiones.

Para resolver indicó que la libertad de selección de régimen depende del consentimiento informado, que se logra si la AFP explica la características de los regímenes pensionales y las consecuencias de permanecer en uno u otro, deber cuyo cumplimiento debe acreditar la AFP sin que baste la firma del formulario de afiliación, obligación que surgió desde la creación de dichas entidades. Señaló que si bien el **DEMANDANTE** conoce algunas condiciones del RAIS, advirtió no conocer las modalidades pensionales de dicho régimen y como la expectativa de vida incide o el monto que debía ahorrar para causar la pensión en mismas condiciones que en el RPM, por tanto, declaró ineficaz el traslado al RAIS y condenó en costas a las AFP.

### **III. RECURSOS DE APELACIÓN.**

La demandada **SKANDIA S.A.** solicitó revocar la devolución de gastos de administración, porque dichos descuentos son un mandato legal conforme el artículo 20 de la Ley 100 de 1993 y el Decreto 3995 de 2008 indica que de haber traslado solo se deben remitir los aportes, rendimientos y pagos al fondo de garantía de pensión mínima, lo cual confirmó la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, por tanto solo debe devolver dichos conceptos, además ya usó dichos gastos para gestionar e incrementar el capital del afiliado y pagar los seguros previsionales, por lo que devolver ese factor causa detrimento

patrimonial, siendo el **DEMANDANTE** y **COLPENSIONES** beneficiarios de dineros ya usados conforme la Ley y previstos en ambos regímenes. De confirmarse la condena, solicitó revocar la indexación, la cual no se reclamó en la demanda ni se fijó en el problema jurídico y quedó por fuera de la defensa del fondo y dicha condena vulneró el artículo 29 constitucional (01:10:41 archivo “22VideoAudiencia20221207”).

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo, porque el traslado al RAIS no es ineficaz ya que el **DEMANDANTE** conoce las características de dicho régimen y si bien el Juez afirmó que tal conocimiento no es a ciencia cierta ni a profundidad, el afiliado indicó que tiene conocimiento porque desde su afiliación el asesor le brindó información necesaria para conocer las características del RAIS y aceptó que dicho traslado fue libre y voluntario, reconocimiento que tendría una cuenta de ahorro individual, rendimientos, conocía el bono pensional, ventajas como heredar aportes y pensión anticipada, lo que aunado a que firmó libremente permiten inferir que no hay vicio del consentimiento, además el afiliado mostró desidia porque nunca retornó al RPM ni se acercó a dicha entidad a obtener información que hubiera evitado este proceso, además ya no es posible el traslado. En caso de confirmarse el fallo, pidió confirmar la condena a las AFP de devolver los gastos de administración y la posibilidad de poder accionar en su contra los perjuicios de recibir a un afiliado y futuro pensionado (01:14:59 archivo “22VideoAudiencia20221207”).

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Oriana Espitia García, identificada con CC 1.034.305.197 y TP 291.494 del CSJ, a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, quien solicitó revocar el fallo, en caso contrario, no condenar en costas. Por su parte, la apoderada del **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo. Agotado el término, los apoderados de las demás partes no presentaron alegatos.

## V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

## VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación con la OLD MUTUAL AFP hoy **SKANDIA S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* el demandante **ORLANDO GONZÁLEZ RAMÍREZ** nació el 26 de septiembre de 1960 (Pág. 85 archivo “01ExpedienteFisicoDigitalizado”); *ii)* el **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 30 de septiembre de 1982 al 1° de marzo de 1994, cotizando 315,57 semanas (subcarpeta “02CdExpedienteAdministrativoFolio321” carpeta “1.1MediosMagneticos”); *iii)* el **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **COLFONDOS S.A.** del 15 de junio de 1994, efectivo a partir del 1° de julio de 1994 (Pág. 55 archivo “”, pág. 28 a 29 archivo “14ContestacionColfondos20220406”); *iv)* el **DEMANDANTE** se trasladó a OLD MUTUAL AFP hoy **SKANDIA S.A.**

mediante formulario de afiliación del 20 de agosto de 2007, AFP donde permanece vinculado y acumula 1787,57 semanas cotizadas a enero de 2020 (Pág. 334, 338 archivo “01ExpedienteFisicoDigitalizado”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos e indexado, reactivó la vinculación en el RPM y condenó en costas a las **AFP DEMANDADAS**. Contra la anterior decisión **SKANDIA S.A.** y **COLPENSIONES** interpusieron recurso de apelación.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE, COLFONDOS S.A.** y demás **AFP DEMANDADAS** brindaran asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditaron porque solo allegaron los formularios de afiliación, sin que la firma de éste por el afiliado las exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que las referidas AFP no demostraron el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o posteriores traslados de AFP.

De otra parte, el **DEMANDANTE** en su interrogatorio señaló que el asesor de **COLFONDOS S.A.** le explicó que tendría una CAIP y rendimientos, beneficios como heredar sus aportes de no generar la pensión y la posibilidad de pensionarse con una edad anticipada, a la vez que reconoció conocer qué es un bono pensional, sin embargo, también advirtió que nunca se le explicó el monto que debería reunir para tener una pensión igual a la del RPM, que su expectativa de vida afectaría la mesada o las diferentes modalidades de pensión del RAIS, por tanto, la manifestación no beneficia a las **DEMANDADAS** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en los recursos de apelación, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de

exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

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

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia de segunda instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a devolver a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, causados por el tiempo de vinculación del **DEMANDANTE** en dicha AFP. Al momento de que la **AFP DEMANDADA** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral tercero del fallo de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del **DEMANDANTE** junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de que la **AFP DEMANDADA** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

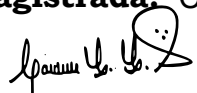
**CUARTO: SIN COSTAS** en esta instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada. Con aclaración de voto

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: ORLANDO GONZALEZ RAMIREZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 039 2019 00649 01

## **MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

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

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

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

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 02-2019-00599-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de **COLPENSIONES** contra el falle del 14 de febrero de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS y de AFP, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos, reactivo la vinculación en el RPM y condenó en costas a las **DEMANDADAS** (57:09 archivo “17AudienciaFalloPrimeraInst.”).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (Pág. 4 a 20, 50 y 51 archivo “01ExpedienteDigitalizado”).**

**ROSA PATRICIA SUAREZ MORALES** solicitó declarar nulo o ineficaz su traslado al RAIS, que su vinculación válida es al RPM, devolver el saldo de su CAIP, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 08 de noviembre de 1966, que se afilió al ISS el 07 de mayo de 1990 y cotizó 165 semanas, que en junio de 1995 se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.** y en mayo de 2001 se trasladó a HORIZONTE AFP hoy **PORVENIR S.A.**, AFP que no suministraron información clara y

completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que solicitó a **PORVENIR S.A.** copia de la asesoría efectuada, la cual no se le entregó, de otra parte, el 29 de mayo de 2019 solicitó retornar al RPM, petición que no contestó **COLPENSIONES**.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Indicó que el traslado al RAIS fue libre, espontáneo, sin engaños ni presiones, tras asesoría sobre el funcionamiento de los regímenes pensionales y conformación del derecho pensional en el uno u otro, condiciones que son legales y son de público conocimiento, por lo cual no hay motivo para acceder a las pretensiones por cuanto la vinculación fue informada, libre de vicio del consentimiento y hay prueba escrita de ello. Interpuso las excepciones de prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica (pág. 2 a 41 archivo “07ContestacionPorvenir”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la afiliada, que cotizó al ISS y negó su retorno al RPM. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS porque la **DEMANDANTE** no acreditó las presuntas falencias alegadas en la demanda, en todo caso, no procede el retorno al RPM por la restricción de traslado por edad y afectar la sostenibilidad financiera del sistema. Interpuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social públicas y la genérica (Pág. 3 a 42 archivo “08ContestacionColpensiones”).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (57:09 archivo “17AudienciaFalloPrimeraInst.”).

El 14 de febrero de 2023, el Juzgado 02 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por la señora ROSA PATRICIA SUAREZ MORALES identificada con cédula de ciudadanía No. 51.835.841 a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. el 19 de mayo de 1995 y consecuentemente la ineficacia del traslado posterior realizado a HORIZONTE SA hoy PORVENIR SA el 23 de mayo de 2001, conforme con las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído. SEGUNDO: SE CONDENARÁ a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver dentro de los cuarenta y cinco (45) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la DEMANDANTE, la señora ROSA PATRICIA SUAREZ MORALES tales como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora con sus frutos e intereses, esto de los rendimientos causados y los gastos de administración sin lugar a descuento alguno. TERCERO: SE ORDENARÁ a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a aceptar tales valores, y tener como válida la afiliación efectuada por la DEMANDANTE en el Régimen de Prima Media el 07 de mayo de 1990, situación que deberá incluir en sus bases de datos y sistemas de información de historia laboral. CUARTO: DECLARARÁ NO PROBADAS las excepciones propuestas por las DEMANDADAS. QUINTO: CONDENARÁ en costas a PORVENIR S.A. y a COLPENSIONES, dentro de las que se incluirán por concepto de agencias en derecho la suma de \$300.000 a cargo de éstas. SEXTO: Si no fuere apelada la presente decisión, consúltese con el Superior. (...)”.*

La *a quo* fijó como problema jurídico determinar si el traslado al RAIS es ineficaz y procedencia de las demás pretensiones.

Para resolver indicó que la AFP no acreditó el consentimiento informado del afiliado, porque el formulario de afiliación acredita consentimiento más no que el afiliado haya sido asesorado de las características de cada régimen pensional y consecuencias de permanecer en uno u otro.

## III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Indicó que hay una interpretación errónea del artículo 1604 CC por la H. CSJ

que crea un régimen de responsabilidad objetiva en cabeza de la AFP porque libera al **DEMANDANTE** de aportar soporte de los vicios del consentimiento y por el contrario suelta la carga de la prueba en cabeza del fondo sin considerar que el afiliado, conforme el Decreto 2241 de 2010, tiene obligaciones y deberes mínimos como consumidor financiero del Sistema General de Pensiones, norma que consagra que el silencio en el transcurso de tiempo se entiende como la decisión consciente de permanecer en el régimen seleccionado (59:06 archivo “17AudienciaFalloPrimeraInst.”).

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de la **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo apelado. Por su parte, el apoderado principal de **PORVENIR S.A.** solicitó revocar la sentencia de primera instancia. Finalmente, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Linda Vannesa Barreto Santamaria, identificada con CC 1.013.637.319 y TP 280.300 del CSJ, a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, quien reclamó se revoque el fallo reiterando los argumentos expuestos en el recurso de apelación.

#### **V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

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

#### **VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

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

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación con **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* conforme la historia laboral expedida por **COLPENSIONES**, la demandante **ROSA PATRICIA SUAREZ MORALES** nació el 08 de noviembre de 1966 y se afilió al extinto ISS del 07 de mayo de 1990 al 31 de mayo de 1995, cotizando 143,29 semanas (Pág. 67 a 70 archivo “08ContestacionColpensiones”); *ii)* la **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** del 19 de mayo de 1995, efectivo a partir del 1° de junio de 1995 (Pág. 76 a 78 archivo “07ContestacionPorvenir”); *iii)* la **DEMANDANTE** se trasladó a HORIZONTE AFP hoy **PORVENIR S.A.** mediante formulario de afiliación del 23 de mayo de 2001, efectivo a partir del 1° de julio de 2001, AFP donde permanece vinculada y acumula 1011 semanas cotizadas a marzo de 2021 (Pág. 76 a 77, 79 y 112 archivo “07ContestacionPorvenir”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS y de AFP, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos, reactivo la vinculación en el RPM y condenó en costas a las **DEMANDADAS**. Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación.

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

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

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

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

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

*que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”.*

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

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

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

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o

que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

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

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

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

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE, PORVENIR S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de éste por el afiliado la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP

no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o posterior traslado de AFP.

De otra parte, el **DEMANDANTE** en su interrogatorio indicó que el asesor de **PORVENIR S.A.** le indicó que tendría una mejor pensión y de forma anticipada que en el régimen pública y si bien aceptó que no hizo preguntas al asesor y omitió contactarse con la AFP para conocer su situación pensional hasta después de la restricción de traslado por edad, tal manifestación no beneficia a las **DEMANDADAS** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

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

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

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la **DEMANDANTE** junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento en que la **AFP DEMANDADA** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus

respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

**CUARTO: SIN COSTAS** en esta instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada. Con aclaración de voto

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: ROSA PATRICIA SUAREZ MORALES

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 002 2019 00599 01

## **MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

  
**ÁNGELA LUCÍA MUXILLO VARÓN**  
Magistrada



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 03-2020-00402-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta de **COLPENSIONES** contra el fallo del 12 de octubre de 2022, que condenó al pago indexado de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la **DEMANDADA** (30:47 archivo "04AudienciaFallo" carpeta "03ActuacionJuzgadoDescongestion").

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA** (Pág. 7 a 22 archivo "01ExpedienteUnificado" carpeta "01ActuacionJuzgado4PequeñasCausas").

**SONIA ELIZABETH OTALORA CARO** solicitó condenar a la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, indexación, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que cotizó al extinto ISS 438,57 semanas, de forma alterna cotizó al Magisterio y el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DE MAGISTERIO le reconoció pensión de jubilación con la Resolución 5686 del 04 de agosto de 2017; así las

cosas, el 08 de agosto de 2019 solicitó a **COLPENSIONES** el pago de la indemnización sustituta, la cual se negó con la Resolución SUB 269406 del 28 de septiembre de 2019, contra la cual interpuso recurso de apelación, siendo confirmada la decisión con la Resolución DPE 13425 del 15 de noviembre de 2019.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (04:42 archivo  
"02Parte1VideoAudiencia20201112" carpeta  
"01ActuacionJuzgado4PequeñasCausas").**

En audiencia del 12 de noviembre de 2022, la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó como ciertos todos los hechos. Alegó la carencia de soporte fáctico y jurídico de las pretensiones, por cuanto la indemnización solo procede ante la carencia de pensión y la afiliada ya reconoce una pensión de jubilación por parte del FOMAG, de otra parte, señaló que el artículo 128 constitucional, artículo 6° Decreto 1730 de 2001, artículo 19 de la ley 4 de 1990 e inciso 4 del artículo 17 de la ley 549 de 1999 hacen incompatible el reconocimiento de la indemnización, toda vez que las semanas cotizadas al ISS fueron consideradas al momento de reconocer la pensión de jubilación y acceder a lo pedido implica una doble asignación del tesoro público. Interpuso las excepciones de presunción de legalidad de los actos administrativos que negaron la pretensión, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho y obligación, buena fe, cobro de lo no debido, compensación sin que implique allanamiento, prescripción sin que implique reconocimiento, imposibilidad de condena en costas y la genérica.

El JUZGADO 04 DE PEQUEÑAS CAUSAS LABORALES DE BOGOTÁ D.C. declaró probada la excepción previa de falta de competencia por cuantía y remitió el expediente a los Juzgados Laborales del Circuito (archivos "02Parte1VideoAudiencia20201112" y "03Parte2VideoAudiencia20201112").

Por auto del 22 de septiembre de 2022 se avoco conocimiento de la demanda por el JUZGADO 03 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. (archivo “02AutoAdmiteDemanda20210406”).

**II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (30:47 archivo  
“04AudienciaFallo” carpeta  
“03ActuacionJuzgadoDescongestion”).**

El 12 de octubre de 2022, el Juzgado 1° Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) PRIMERO. CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES a reconocer y pagar a la demandante señora SONIA ELIZABETH OTALORA CARO una indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, por una única suma de \$19.349.877,59, suma que deberá ser indexada de conformidad con el IPC certificado por el DANE al momento efectivo de su pago. SEGUNDO. DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por la entidad en su contestación. TERCERO. COSTAS. Serán a cargo de COLPENSIONES, tásense las agencias en derecho en 01 SMLMV. CUARTO. ABSOLVER a la entidad DEMANDADA de las demás pretensiones incoadas en su contra en el presente proceso. QUINTO. Por la naturaleza jurídica de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES establecida en el Decreto 4121 de 2011, se dispone CONSULTAR la presente decisión si esta no es apelada, ante la H. Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, de conformidad con lo establecido en el artículo 69 CPTSS (…).”*

La *a quo* fijó como problema jurídico determinar si procede el reconocimiento y pago de la indemnización sustitutiva y demás pretensiones.

Para resolver indicó que el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, regula la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y en la sentencia SL1419 de 2018 se explicaron los requisitos para acceder a la misma, todos los cuales cumplió la **DEMANDANTE** al cumplir la edad de pensión, tener semanas cotizadas y expresar la imposibilidad de seguir cotizando, sin que el reconocimiento de la pensión de jubilación por el FOMAG haga incompatible la indemnización, porque el artículo 279 de la Ley 100 de 1993 excluyó al personal afiliado al Magisterio del Sistema de Seguridad Social Integral, además es una regla jurisprudencial pacífica considerar que los aportes al Sistema General de Pensiones son parafiscales, por tanto, las prestaciones

causadas con los mismos no se pagan con el tesoro nacional y por ello no se incurre en la prohibición del artículo 128 constitucional.

### III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Alegó que la **DEMANDANTE** no tiene derecho a la indemnización sustitutiva porque esta es una garantía subsidiaria de cuando no hay pensión, que no es el caso de la afiliada, de otra parte, el inciso 4° del artículo 17 de la Ley 549 de 1999, dispone que los tiempos cotizados al ISS son usados para financiar la pensión, por lo cual hay incompatibilidad entre lo pedido y lo ya reconocido (32:26 archivo “04AudienciaFallo” carpeta “03ActuacionJuzgadoDescongestion”).

### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo, reiterando los argumentos señalados en su recurso de apelación. Agotado el término, los apoderados de las demás partes no presentaron alegatos.

### V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

### VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a la **DEMANDANTE** y su compatibilidad con la pensión reconocida por el FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la demandante **SONIA ELIZABETH OTALORA CARO** nació el 25 de noviembre de 1961 (Pág. 131 archivo “*01ExpedienteUnificado*” carpeta “*01ActuacionJuzgado4PequeñasCausas*”); **ii)** mediante Resolución 5686 del 04 de agosto de 2017, la Secretaria de Educación del Distrito de Bogotá D.C. reconoció a la **DEMANDANTE** pensión de invalidez por \$2.677.790 a partir del 25 de agosto de 2017, con cargo a los recursos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO (Pág. 65 a 68 archivo “*01ExpedienteUnificado*”); **iii)** la **DEMANDANTE** solicitó a la demandada **COLPENSIONES** el 20 de febrero de 2019, el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de invalidez, el cual se negó con la Resolución SUB 121222 del 17 de mayo de 2019, por segunda ocasión, el 08 de agosto de 2019 el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, prestación negada mediante Resolución SUB 269406 del 28 de septiembre de 2019, decisión contra la cual interpuso recurso de apelación, siendo confirmado el acto reprochado mediante Resolución DPE 13425 del 15 de noviembre de 2019 (Pág. 153 a 161, 244 a 261 archivo “*01ExpedienteUnificado*”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* condenó al pago indexado de la indemnización sustitutiva de pensión de vejez, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la **DEMANDADA**. Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación.

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

- **Compatibilidad entre la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y las pensiones reconocidas al personal vinculado al Magisterio.**

El inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993, exceptúa a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la aplicación de las reglas del Sistema General de Seguridad Social en pensiones, advirtiendo que las *“prestaciones a cargo de dicho Fondo, serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración”*. En los términos de esta norma, las asignaciones o prestaciones que surgen a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio por la prestación de servicios docentes son compatibles con las que surjan del Sistema General de pensiones regulado por la Ley 100 de 1993.

Sobre la compatibilidad entre las pensiones percibidas por docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y las prestaciones económicas por cotizaciones al RPMPD y al RAIS, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que el reconocimiento de la pensión de jubilación por parte del Magisterio y el pago del bono pensional a cargo de la Nación no representa una doble asignación a cargo del erario pues a pesar de que el bono constituye un título de deuda pública en los términos del artículo 121 de la Ley 100 de 1993, los dineros que acredita no provienen de la Nación sino de las cotizaciones efectuadas por empleadores y trabajadores, y por tanto tienen diferente fuente de financiación. Asimismo, ha señalado que una persona que preste sus servicios a establecimientos educativos oficiales y adquiera una pensión de jubilación oficial y simultáneamente preste sus servicios a instituciones privadas cuyos aportes obligatorios financien una posible pensión de vejez en el ISS, hoy COLPENSIONES no genera

incompatibilidad alguna (SL de fecha 6 de diciembre de 2011 radicado 40848, SL 451 de 2013, SL 3775 de 2021 y SL 1127 de 2022).

**- Fundamentos normativos sobre la indemnización sustitutiva y su liquidación.**

El artículo 37 de la Ley 100 de 1993, dispuso el derecho al pago de una indemnización sustitutiva, para los afiliados que una vez cumplida la edad de pensión no hayan cotizado el número mínimo de semanas exigidas en la Ley para causar el derecho a la pensión de vejez, y declaren su imposibilidad de seguir realizando cotizaciones al Sistema de Pensiones. Dice la norma, que esta indemnización será equivalente a un salario base de liquidación promedio semanal multiplicado por el número de semanas cotizadas, y que a este resultado se le debe aplicar el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales haya cotizado el afiliado.

Ahora bien, frente a la forma de liquidar esta prestación, el artículo 3° del Decreto 1730 de 2001 que reglamentó el artículo 37 de la Ley 100 de 1993, establece que *“Para determinar el valor de la indemnización se aplicará la siguiente formula:  $I = SBC \times SC \times PPC$ . Dónde: SBC: Es el salario base de la liquidación de la cotización semanal promediado de acuerdo con los factores señalados en el Decreto 1158 de 1994, sobre los cuales cotizó el afiliado a la administradora que va a efectuar el reconocimiento, actualizado anualmente con base en la variación del IPC según certificación del DANE. SC: Es la suma de las semanas cotizadas a la administradora que va a efectuar el reconocimiento. PPC: Es el promedio ponderado de los porcentajes sobre los cuales ha cotizado el afiliado para el riesgo de vejez, invalidez o muerte por riesgo común, a la administradora que va a efectuar el reconocimiento”*.

**CASO CONCRETO**

En el presente asunto, a la **DEMANDANTE** le fue reconocida pensión de invalidez por parte de la Secretaría de Educación del Distrito de Bogotá D.C., a través de la Resolución 5686 del 04 de agosto de

2017, con base en el certificado de tiempos y servicios expedido por dicha Secretaría de Educación (Pág. 65 a 68 archivo “01ExpedienteUnificado”).

De otra parte, la historia laboral de la **DEMANDANTE** más reciente que allegó **COLPENSIONES**, que data del 28 de septiembre de 2022, acredita que la afiliada cotizó por tiempos de servicios a empleadores privados y a la POLICÍA NACIONAL, para un total de 438,57 semanas cotizadas (archivo “07HistoriaLaboralColpensiones20221005” carpeta “02ActuacionJuzgadoOrigen3Laboral”), advirtiendo que dicho documento reportar varios periodos en mora por parte del empleador.

Así las cosas, de conformidad con el precedente jurisprudencial expuesto, la pensión que percibe la **DEMANDANTE** a cargos del FONDO NACIONAL DE PRESTACIONES SOCIALES DEL MAGISTERIO FOMAG es compatible con la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez a cargo de **COLPENSIONES**, toda vez que si bien esta última es una administradora de pensiones públicas, la indemnización sustitutiva se financia con los aportes efectuados por el afiliado y sus empleadores, los cuales son recursos de naturaleza parafiscal, frente los cuales el extinto ISS y hoy **COLPENSIONES** actuó como un mero administrador.

Como la **DEMANDANTE** nació el 25 de noviembre de 1961 (Pág. 131 archivo “01ExpedienteUnificado”), allegó a la edad de 57 años el mismo día y mes de 2018, cotizando un total de 438,57 semanas, cifra inferior a la densidad mínima de semanas exigida para causar la pensión de vejez y al no seguir cotizando, a la par que se le declaró invalida, no queda duda que se cumplen los requisitos exigidos por el artículo 37 de la Ley 100 de 1993 para reconocer la prestación reclamada.

Frente la inconformidad relativa a la presunta financiación de la pensión de jubilación oficial a cargo del FOMAG con los tiempos

cotizados al ISS, no se allegó soporte probatorio alguno que acredite que la pensión reconocida por la Secretaria Distrital de Educación de Bogotá D.C. consideró los tiempos de servicio cotizados al ISS al momento de reconocer la pensión de invalidez, así mismo, no obra prueba de que **COLPENSIONES** haya sido conminada a trasladar el respectivo bono pensional por los tiempos cotizados al extinto ISS, por tanto, no hay mérito probatorio alguno que respalde la suplica, la cual se rechaza.

Por las anteriores consideraciones, se despachan desfavorablemente los argumentos expuestos en el recurso de apelación de **COLPENSIONES**, al no existir incompatibilidad entre la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y la pensión de invalidez oficial a cargo del FOMAG, por cuanto si no es incompatible la pensión de jubilación, mucho menos aquella que cubre un riesgo diferente al de vejez como ocurre en el caso bajo estudio, máxime cuando ambas prestaciones tienen una fuente de financiación diferente.

Como quiera que el fallo de instancia estableció el valor de la indemnización sustitutiva, procede la Sala a revisar el monto de la prestación económica, advirtiendo que no se consideraran los periodos en mora del empleador, por cuanto si bien el afiliado no debe sufrir las consecuencias negativas del incumplimiento del deber de pagar aportes a cargo del empleador, en el caso bajo estudio no existe prueba incontrovertible de la existencia y extremos de las relaciones laborales, asunto que tampoco fue el objeto de litigio, por lo que a si bien lo tiene la **DEMANDANTE** podrá ser objeto de discusión en otro proceso judicial.

Realizada la anterior aclaración, la Sala efectuó los cálculos y determinó que el valor de la indemnización asciende a \$15.866.004:

| Año  | Mes | Días | Salario   | IPC inicial | IPC final | Factor indexación | Salario indexado | Días x salario |
|------|-----|------|-----------|-------------|-----------|-------------------|------------------|----------------|
| 1984 | 7   | 26   | \$ 11.850 | 1,65        | 96,92     | 58,739            | \$ 696.062       | \$ 18.097.607  |
| 1984 | 8   | 31   | \$ 11.850 | 1,65        | 96,92     | 58,739            | \$ 696.062       | \$ 21.577.916  |

|      |    |    |            |      |       |        |              |               |
|------|----|----|------------|------|-------|--------|--------------|---------------|
| 1984 | 9  | 30 | \$ 11.850  | 1,65 | 96,92 | 58,739 | \$ 696.062   | \$ 20.881.855 |
| 1984 | 10 | 31 | \$ 11.850  | 1,65 | 96,92 | 58,739 | \$ 696.062   | \$ 21.577.916 |
| 1984 | 11 | 30 | \$ 11.850  | 1,65 | 96,92 | 58,739 | \$ 696.062   | \$ 20.881.855 |
| 1984 | 12 | 31 | \$ 11.850  | 1,65 | 96,92 | 58,739 | \$ 696.062   | \$ 21.577.916 |
| 1989 | 8  | 23 | \$ 41.040  | 4,58 | 96,92 | 21,162 | \$ 868.471   | \$ 19.974.831 |
| 1989 | 9  | 30 | \$ 41.040  | 4,58 | 96,92 | 21,162 | \$ 868.471   | \$ 26.054.128 |
| 1989 | 10 | 31 | \$ 41.040  | 4,58 | 96,92 | 21,162 | \$ 868.471   | \$ 26.922.598 |
| 1989 | 11 | 30 | \$ 41.040  | 4,58 | 96,92 | 21,162 | \$ 868.471   | \$ 26.054.128 |
| 1989 | 12 | 16 | \$ 41.040  | 4,58 | 96,92 | 21,162 | \$ 868.471   | \$ 13.895.535 |
| 1990 | 2  | 22 | \$ 47.370  | 5,78 | 96,92 | 16,768 | \$ 794.308   | \$ 17.474.777 |
| 1990 | 3  | 31 | \$ 47.370  | 5,78 | 96,92 | 16,768 | \$ 794.308   | \$ 24.623.549 |
| 1990 | 4  | 30 | \$ 47.370  | 5,78 | 96,92 | 16,768 | \$ 794.308   | \$ 23.829.241 |
| 1990 | 5  | 31 | \$ 47.370  | 5,78 | 96,92 | 16,768 | \$ 794.308   | \$ 24.623.549 |
| 1990 | 6  | 30 | \$ 47.370  | 5,78 | 96,92 | 16,768 | \$ 794.308   | \$ 23.829.241 |
| 1990 | 7  | 31 | \$ 47.370  | 5,78 | 96,92 | 16,768 | \$ 794.308   | \$ 24.623.549 |
| 1990 | 8  | 31 | \$ 47.370  | 5,78 | 96,92 | 16,768 | \$ 794.308   | \$ 24.623.549 |
| 1990 | 9  | 30 | \$ 47.370  | 5,78 | 96,92 | 16,768 | \$ 794.308   | \$ 23.829.241 |
| 1990 | 10 | 31 | \$ 61.950  | 5,78 | 96,92 | 16,768 | \$ 1.038.788 | \$ 32.202.425 |
| 1990 | 11 | 30 | \$ 61.950  | 5,78 | 96,92 | 16,768 | \$ 1.038.788 | \$ 31.163.637 |
| 1990 | 12 | 31 | \$ 61.950  | 5,78 | 96,92 | 16,768 | \$ 1.038.788 | \$ 32.202.425 |
| 1991 | 1  | 31 | \$ 61.950  | 7,65 | 96,92 | 12,669 | \$ 784.862   | \$ 24.330.721 |
| 1991 | 2  | 28 | \$ 61.950  | 7,65 | 96,92 | 12,669 | \$ 784.862   | \$ 21.976.135 |
| 1991 | 3  | 31 | \$ 61.950  | 7,65 | 96,92 | 12,669 | \$ 784.862   | \$ 24.330.721 |
| 1991 | 4  | 30 | \$ 61.950  | 7,65 | 96,92 | 12,669 | \$ 784.862   | \$ 23.545.859 |
| 1991 | 5  | 31 | \$ 61.950  | 7,65 | 96,92 | 12,669 | \$ 784.862   | \$ 24.330.721 |
| 1991 | 6  | 30 | \$ 61.950  | 7,65 | 96,92 | 12,669 | \$ 784.862   | \$ 23.545.859 |
| 1991 | 7  | 31 | \$ 61.950  | 7,65 | 96,92 | 12,669 | \$ 784.862   | \$ 24.330.721 |
| 1991 | 8  | 31 | \$ 61.950  | 7,65 | 96,92 | 12,669 | \$ 784.862   | \$ 24.330.721 |
| 1991 | 9  | 30 | \$ 61.950  | 7,65 | 96,92 | 12,669 | \$ 784.862   | \$ 23.545.859 |
| 1991 | 10 | 31 | \$ 79.290  | 7,65 | 96,92 | 12,669 | \$ 1.004.547 | \$ 31.140.966 |
| 1991 | 11 | 30 | \$ 79.290  | 7,65 | 96,92 | 12,669 | \$ 1.004.547 | \$ 30.136.419 |
| 1991 | 12 | 31 | \$ 79.290  | 7,65 | 96,92 | 12,669 | \$ 1.004.547 | \$ 31.140.966 |
| 1992 | 1  | 31 | \$ 79.290  | 9,7  | 96,92 | 9,992  | \$ 792.246   | \$ 24.559.628 |
| 1992 | 2  | 26 | \$ 95.143  | 9,7  | 96,92 | 9,992  | \$ 950.645   | \$ 24.716.778 |
| 1992 | 3  | 31 | \$ 111.000 | 9,7  | 96,92 | 9,992  | \$ 1.109.085 | \$ 34.381.621 |
| 1992 | 4  | 30 | \$ 165.180 | 9,7  | 96,92 | 9,992  | \$ 1.650.438 | \$ 49.513.131 |
| 1992 | 5  | 31 | \$ 165.180 | 9,7  | 96,92 | 9,992  | \$ 1.650.438 | \$ 51.163.568 |
| 1992 | 6  | 30 | \$ 165.180 | 9,7  | 96,92 | 9,992  | \$ 1.650.438 | \$ 49.513.131 |
| 1992 | 7  | 31 | \$ 165.180 | 9,7  | 96,92 | 9,992  | \$ 1.650.438 | \$ 51.163.568 |
| 1992 | 8  | 31 | \$ 165.180 | 9,7  | 96,92 | 9,992  | \$ 1.650.438 | \$ 51.163.568 |

SONIA ELIZABETH OTALORA CARO contra la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES.

Radicación No. 03-2020-00402-01.

|      |    |    |            |       |       |       |              |                |
|------|----|----|------------|-------|-------|-------|--------------|----------------|
| 1992 | 9  | 30 | \$ 165.180 | 9,7   | 96,92 | 9,992 | \$ 1.650.438 | \$ 49.513.131  |
| 1992 | 10 | 31 | \$ 165.180 | 9,7   | 96,92 | 9,992 | \$ 1.650.438 | \$ 51.163.568  |
| 1992 | 11 | 30 | \$ 165.180 | 9,7   | 96,92 | 9,992 | \$ 1.650.438 | \$ 49.513.131  |
| 1992 | 12 | 11 | \$ 165.180 | 9,7   | 96,92 | 9,992 | \$ 1.650.438 | \$ 18.154.815  |
| 1993 | 2  | 20 | \$ 197.910 | 12,14 | 96,92 | 7,984 | \$ 1.580.020 | \$ 31.600.391  |
| 1993 | 3  | 31 | \$ 197.910 | 12,14 | 96,92 | 7,984 | \$ 1.580.020 | \$ 48.980.606  |
| 1993 | 4  | 30 | \$ 197.910 | 12,14 | 96,92 | 7,984 | \$ 1.580.020 | \$ 47.400.586  |
| 1993 | 5  | 31 | \$ 197.910 | 12,14 | 96,92 | 7,984 | \$ 1.580.020 | \$ 48.980.606  |
| 1993 | 6  | 30 | \$ 197.910 | 12,14 | 96,92 | 7,984 | \$ 1.580.020 | \$ 47.400.586  |
| 1993 | 7  | 31 | \$ 197.910 | 12,14 | 96,92 | 7,984 | \$ 1.580.020 | \$ 48.980.606  |
| 1993 | 8  | 31 | \$ 197.910 | 12,14 | 96,92 | 7,984 | \$ 1.580.020 | \$ 48.980.606  |
| 1993 | 9  | 30 | \$ 197.910 | 12,14 | 96,92 | 7,984 | \$ 1.580.020 | \$ 47.400.586  |
| 1993 | 10 | 31 | \$ 197.910 | 12,14 | 96,92 | 7,984 | \$ 1.580.020 | \$ 48.980.606  |
| 1993 | 11 | 30 | \$ 197.910 | 12,14 | 96,92 | 7,984 | \$ 1.580.020 | \$ 47.400.586  |
| 1993 | 12 | 31 | \$ 254.730 | 12,14 | 96,92 | 7,984 | \$ 2.033.643 | \$ 63.042.947  |
| 1994 | 1  | 31 | \$ 274.000 | 14,89 | 96,92 | 6,509 | \$ 1.783.484 | \$ 55.288.011  |
| 1994 | 2  | 28 | \$ 274.000 | 14,89 | 96,92 | 6,509 | \$ 1.783.484 | \$ 49.937.558  |
| 1994 | 3  | 31 | \$ 274.000 | 14,89 | 96,92 | 6,509 | \$ 1.783.484 | \$ 55.288.011  |
| 1994 | 4  | 30 | \$ 274.000 | 14,89 | 96,92 | 6,509 | \$ 1.783.484 | \$ 53.504.527  |
| 1994 | 5  | 31 | \$ 274.000 | 14,89 | 96,92 | 6,509 | \$ 1.783.484 | \$ 55.288.011  |
| 1994 | 6  | 30 | \$ 274.000 | 14,89 | 96,92 | 6,509 | \$ 1.783.484 | \$ 53.504.527  |
| 1994 | 7  | 31 | \$ 274.000 | 14,89 | 96,92 | 6,509 | \$ 1.783.484 | \$ 55.288.011  |
| 1994 | 8  | 31 | \$ 430.000 | 14,89 | 96,92 | 6,509 | \$ 2.798.899 | \$ 86.765.856  |
| 1994 | 9  | 30 | \$ 430.000 | 14,89 | 96,92 | 6,509 | \$ 2.798.899 | \$ 83.966.958  |
| 1994 | 10 | 31 | \$ 430.000 | 14,89 | 96,92 | 6,509 | \$ 2.798.899 | \$ 86.765.856  |
| 1994 | 11 | 30 | \$ 430.000 | 14,89 | 96,92 | 6,509 | \$ 2.798.899 | \$ 83.966.958  |
| 1994 | 12 | 31 | \$ 679.677 | 14,89 | 96,92 | 6,509 | \$ 4.424.066 | \$ 137.146.031 |
| 1995 | 1  | 30 | \$ 444.333 | 18,25 | 96,92 | 5,311 | \$ 2.359.713 | \$ 70.791.377  |
| 1995 | 2  | 30 | \$ 430.000 | 18,25 | 96,92 | 5,311 | \$ 2.283.595 | \$ 68.507.836  |
| 1995 | 3  | 30 | \$ 430.000 | 18,25 | 96,92 | 5,311 | \$ 2.283.595 | \$ 68.507.836  |
| 1995 | 4  | 30 | \$ 430.000 | 18,25 | 96,92 | 5,311 | \$ 2.283.595 | \$ 68.507.836  |
| 1995 | 5  | 30 | \$ 300.000 | 18,25 | 96,92 | 5,311 | \$ 1.593.205 | \$ 47.796.164  |
| 1995 | 6  | 15 | \$ 150.000 | 18,25 | 96,92 | 5,311 | \$ 796.603   | \$ 11.949.041  |
| 1995 | 8  | 30 | \$ 600.000 | 18,25 | 96,92 | 5,311 | \$ 3.186.411 | \$ 95.592.329  |
| 1995 | 9  | 30 | \$ 600.000 | 18,25 | 96,92 | 5,311 | \$ 3.186.411 | \$ 95.592.329  |
| 1995 | 10 | 30 | \$ 600.000 | 18,25 | 96,92 | 5,311 | \$ 3.186.411 | \$ 95.592.329  |
| 1995 | 11 | 30 | \$ 600.000 | 18,25 | 96,92 | 5,311 | \$ 3.186.411 | \$ 95.592.329  |
| 1995 | 12 | 30 | \$ 600.000 | 18,25 | 96,92 | 5,311 | \$ 3.186.411 | \$ 95.592.329  |
| 1996 | 1  | 30 | \$ 750.000 | 21,8  | 96,92 | 4,446 | \$ 3.334.404 | \$ 100.032.110 |
| 1996 | 2  | 30 | \$ 750.000 | 21,8  | 96,92 | 4,446 | \$ 3.334.404 | \$ 100.032.110 |

|            |    |        |              |       |       |       |                           |                  |
|------------|----|--------|--------------|-------|-------|-------|---------------------------|------------------|
| 1996       | 3  | 30     | \$ 750.000   | 21,8  | 96,92 | 4,446 | \$ 3.334.404              | \$ 100.032.110   |
| 1996       | 4  | 30     | \$ 750.000   | 21,8  | 96,92 | 4,446 | \$ 3.334.404              | \$ 100.032.110   |
| 1996       | 5  | 30     | \$ 750.000   | 21,8  | 96,92 | 4,446 | \$ 3.334.404              | \$ 100.032.110   |
| 1997       | 3  | 30     | \$ 172.005   | 26,52 | 96,92 | 3,655 | \$ 628.610                | \$ 18.858.286    |
| 1997       | 4  | 30     | \$ 172.005   | 26,52 | 96,92 | 3,655 | \$ 628.610                | \$ 18.858.286    |
| 1997       | 5  | 30     | \$ 172.005   | 26,52 | 96,92 | 3,655 | \$ 628.610                | \$ 18.858.286    |
| 1997       | 6  | 30     | \$ 172.005   | 26,52 | 96,92 | 3,655 | \$ 628.610                | \$ 18.858.286    |
| 1997       | 7  | 30     | \$ 172.005   | 26,52 | 96,92 | 3,655 | \$ 628.610                | \$ 18.858.286    |
| 1997       | 8  | 30     | \$ 172.005   | 26,52 | 96,92 | 3,655 | \$ 628.610                | \$ 18.858.286    |
| 1997       | 9  | 30     | \$ 172.005   | 26,52 | 96,92 | 3,655 | \$ 628.610                | \$ 18.858.286    |
| 1997       | 10 | 30     | \$ 172.005   | 26,52 | 96,92 | 3,655 | \$ 628.610                | \$ 18.858.286    |
| 1997       | 11 | 30     | \$ 172.005   | 26,52 | 96,92 | 3,655 | \$ 628.610                | \$ 18.858.286    |
| 1997       | 12 | 30     | \$ 172.005   | 26,52 | 96,92 | 3,655 | \$ 628.610                | \$ 18.858.286    |
| 1998       | 1  | 30     | \$ 172.005   | 31,21 | 96,92 | 3,105 | \$ 534.147                | \$ 16.024.407    |
| 1998       | 2  | 30     | \$ 203.856   | 31,21 | 96,92 | 3,105 | \$ 633.057                | \$ 18.991.724    |
| 1998       | 5  | 30     | \$ 1.800.948 | 31,21 | 96,92 | 3,105 | \$ 5.592.691              | \$ 167.780.724   |
| 1998       | 6  | 30     | \$ 931.526   | 31,21 | 96,92 | 3,105 | \$ 2.892.775              | \$ 86.783.242    |
| 1998       | 7  | 30     | \$ 931.526   | 31,21 | 96,92 | 3,105 | \$ 2.892.775              | \$ 86.783.242    |
| 1998       | 8  | 30     | \$ 931.526   | 31,21 | 96,92 | 3,105 | \$ 2.892.775              | \$ 86.783.242    |
| 1998       | 9  | 30     | \$ 931.526   | 31,21 | 96,92 | 3,105 | \$ 2.892.775              | \$ 86.783.242    |
| 1998       | 10 | 30     | \$ 931.526   | 31,21 | 96,92 | 3,105 | \$ 2.892.775              | \$ 86.783.242    |
| 1998       | 12 | 30     | \$ 931.526   | 31,21 | 96,92 | 3,105 | \$ 2.892.775              | \$ 86.783.242    |
| Total días |    | 3071   |              |       |       |       | Total salario x días      | \$ 4.943.847.244 |
| Semanas    |    | 438,71 |              |       |       |       | Salario mensual ponderado | \$ 1.609.849     |
|            |    |        |              |       |       |       | Salario semanal ponderado | \$ 375.632       |

| Promedio ponderado porcentaje |         |          |       |
|-------------------------------|---------|----------|-------|
| Año                           | Semanas | % aporte | PPC   |
| 1984                          | 25,57   | 11,25%   | 2,88  |
| 1989                          | 18,57   | 6,50%    | 1,21  |
| 1990                          | 46,86   | 6,50%    | 3,05  |
| 1991                          | 52,14   | 6,50%    | 3,39  |
| 1992                          | 49,00   | 6,50%    | 3,19  |
| 1993                          | 46,57   | 6,50%    | 3,03  |
| 1994                          | 52,14   | 11,50%   | 6,00  |
| 1995                          | 45,00   | 12,50%   | 5,63  |
| 1996                          | 21,43   | 13,50%   | 2,89  |
| 1997                          | 42,86   | 13,50%   | 5,79  |
| 1998                          | 38,57   | 13,50%   | 5,21  |
|                               | 438,71  |          | 9,63% |

|                                 |              |
|---------------------------------|--------------|
| Total semanas                   | 438,71       |
| SL semanas ponderado            | \$ 375.632   |
| PPC                             | 9,63%        |
| Valor indemnización sustitutiva | \$15.866.004 |

Al ser el monto de la indemnización liquidado por esta Sala inferior al determinado en la sentencia de primera instancia, se modificará el

fallo en dicho aspecto. De otra parte, se confirmará la decisión de pagar, de forma indexada, el monto de la indemnización sustitutiva, considerando como IPC inicial el de noviembre de 2018 y como IPC final el del mes en que se haga efectivo el pago.

Frente a la excepción de prescripción, se rechaza la misma por cuanto la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez puede ser reclamada en cualquier tiempo, conforme la sentencia SL4559-2019.

Sin constas en esta instancia.

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

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a pagar a la demandante **SONIA ELIZABETH OTALORA CARO** la suma de \$15.866.004 por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, pago que deberá ser indexado, tomando como IPC inicial el de noviembre de 2018 y como IPC final el del mes en que se haga efectivo el pago, sin perjuicio de las acciones judiciales que a bien tenga iniciar la **DEMANDANTE** por los periodos en mora del empleador que figuran en su historia laboral, conforme la parte considerativa de esta providencia.

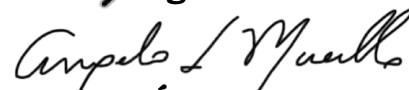
**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 03-2021-00049-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra el fallo del 12 de diciembre de 2022, que declaró ineficaz el traslado al RAIS y traslado de AFP, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos, reactivó su vinculación en el RPM y condenó en costas a la **DEMANDADAS** (01:17:14 archivo “12VideoSentenciaPrimeraInstancia”).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA** (Pág. 4 a 20 archivo “01ActadeReparto113DemandaAnexos”).

**OMAR INFANTE SILVA** solicitó declarar ineficaz su traslado al RAIS, que esta vinculado al RPM, devolver el saldo de su CAIP, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 11 de febrero de 1965, se afilió al ISS en septiembre de 1988 y cotizó hasta julio de 1990 un total de 350 semanas, que el 19 de marzo de 1996 se trasladó al RAIS mediante afiliación a COLMENA AFP hoy **PROTECCIÓN S.A.**,

AFP que no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Afirmó que actualmente está vinculado a **COLFONDOS S.A.**; que el 20 de octubre de 2020, presentó petición a **PROTECCIÓN S.A.** solicitando soportes de la asesoría al momento del traslado de régimen, que no se entregaron alegando que la misma fue verbal, de otra parte, solicitó a **COLPENSIONES** su traslado al RPM, solicitud que fue rechazada.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

**COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** se opuso a las pretensiones en su contra. Aceptó los hechos relativos a la fecha de nacimiento del **DEMANDANTE** y que es su afiliado actual. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado de régimen, en todo caso, el traslado de AFP fue conforme derecho con plenos efectos jurídicos, efectuado previa asesoría de los regímenes pensionales, en todo caso, manifestó no oponerse en caso de condena, advirtiendo que no procede el traslado de comisiones y pólizas de seguros previsionales. Interpuso las excepciones de buena fe, compensación y pago y la genérica (Pág. 5 a 15 archivo “04ContestaciónColfondos”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado, la fecha de traslado al RAIS y que resolvió petición en 2020. Indicó que asesoró al potencial afiliado sobre las características de los regímenes pensionales y la forma como se causa el derecho pensional en el RAIS y el **DEMANDANTE** dejó constancia escrita de su voluntad informada de pertenecer a dicho régimen, sin que fuera posible realizar proyección pensional por implicar supuestos futuros inciertos y sin que para entonces estuvieran vigentes las normas que imponen el deber de asesoría y proyección, por tanto, no hay mérito para acceder a las pretensiones. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido

de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y seguro previsional ante la ineficacia de la afiliación, traslado de aportes a otra administradora y la genérica (Pág 3 a 28 archivo “05ContestacionDemandaProteccion”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado, su vinculación al ISS y traslado al RAIS y que negó su retorno al RPM. Indicó que no le constan el modo como se efectuó el traslado al RAIS, sin embargo, el **DEMANDANTE** no acreditó ninguna de las falencias alegadas en la demanda, por el contrario, permaneció en dicho régimen sin presentar oposición o solicitar su retorno al RPM, el cual ya no procede por la restricción de traslado por edad, además acceder a las pretensiones afectaría la sostenibilidad financiera del sistema. Interpuso las excepciones de inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante **COLPENSIONES**, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica (Pág. 2 a 24 archivo “06ContestacionDemandaColpensiones”).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:17:14 archivo “12VideoSentenciaPrimeraInstancia”).**

El 12 de diciembre de 2022, el Juzgado 03 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) **ARTÍCULO PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia del traslado del accionante OMAR INFANTE SILVA del Régimen de Prima Media con Prestación Definida al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad realizado el 19 de marzo de 1996 y los posteriores traslados horizontales efectuados a ING, a PROTECCIÓN S.A. y a COLFONDOS S. A., este último el 06 de septiembre de 2016, para entender válidamente vinculado al DEMANDANTE en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida*

administrado por COLPENSIONES, todo conforme a la parte motiva de esta providencia. **ARTÍCULO SEGUNDO: CONDENAR** a la COLFONDOS S. A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que recibió con motivo de la afiliación del DEMANDANTE por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en caso de que ya se encuentren redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, de igual manera deberá devolver los gastos de administración, las primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, todo conforme la parte considerativa. **ARTÍCULO TERCERO: CONDENAR** a PROTECCIÓN S. A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES únicamente los valores correspondientes a los gastos de administración, primas de seguros previsionales y el porcentaje destinado a constituir el fondo de garantía de pensión mínima, mientras estuvo afiliado allí el DEMANDANTE, todo conforme la parte motiva de esta providencia. **CUARTO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a que acepte y reciba esos dineros provenientes de PROTECCIÓN S. A. y COLFONDOS S.A. para que proceda a activar la afiliación del actor como si nunca se hubiese traslado de régimen de prima media con prestación definida, así mismo le actualice su historia laboral en semanas cotizadas. **ARTÍCULO QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS** la excepción propuesta por COLPENSIONES que denomino inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, adicionalmente se declara no probada la excepción de prescripción propuesta por todas y cada una de las demandadas. **ARTÍCULO SEXTO: CONDENAR EN COSTAS** junto con las agencias en derecho a COLPENSIONES en la suma de \$1.800.000, a PROTECCIÓN S.A. en la suma de \$1.800.000 y a COLFONDOS S.A. en la suma de \$1.400.000, todo conforme a la parte motiva de esta providencia. **ARTÍCULO SÉPTIMO:** En caso de no ser apelada la presente decisión por la demandada COLPENSIONES, consúltese con el superior en los términos del artículo 69 del C.P.T. y SS. (...).

El *a quo* fijó como problema jurídico establecer si el traslado del RPM al RAIS es ineficaz y la procedencia de las demás pretensiones.

Para resolver indicó que las pruebas no demuestran el consentimiento informado del potencial afiliado, porque a la fecha del traslado al RAIS estaban vigentes los artículos 97 del Decreto 993 de 1997 y 12 del Decreto 720 de 1994, que obligaban a la AFP a dar información objetiva, comparada y transparente, siendo carga de la AFP el demostrar el cumplimiento de tal deber sin que sea suficiente el formulario de afiliación, por tanto, accedió a las pretensiones.

### III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Expresó su inconformidad con la condena a costas porque la administradora solamente se ciñó a cumplir las disposiciones leales y la Ley 797 de 2003 impide el retorno al RPM por la restricción por edad, además el **DEMANDANTE** nunca expresó su ánimo de retornar al RPM y por más de 20 años permaneció en el RAIS e inclusive realizó traslados libres y voluntarios de AFP sin ser restringido en su consentimiento como él mismo reconoció, por tanto, no hay presupuestos de ineficacia del traslado (01:20:53 archivo “12VideoSentenciaPrimeraInstancia”).

### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo y acceder a su recurso de apelación. Agotado el término, los demás apoderados de las otras partes no presentaron alegatos.

### V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

### VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación con la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el demandante **OMAR INFANTE SILVA** nació el 11 de febrero de 1965 (Pág. 48 archivo “01ActadeReparto113DemandaAnexos”); **ii)** el **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS el 1° de junio de 1994 (Pág. 27 archivo “06ContestacionDemandaColpensiones”); **iii)** el **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación de la AFP COLMENA hoy **PROTECCIÓN S.A.** del 19 de marzo de 1996, efectivo a partir del 1° de mayo de 1996 (Pág. 37 a 39 archivo “05ContestacionDemandaProteccion”); **iv)** el **DEMANDANTE** se trasladó a **COLFONDOS S.A.** mediante formulario de afiliación del 06 de septiembre de 2016, efectivo a partir del 1° de noviembre de 2016, AFP donde permanece vinculado y acumula 1571 semanas a marzo de 2020 (Pág. 90 y 91 archivo “04ContestaciónColfondos”, pág 25 archivo “01ActadeReparto113DemandaAnexos”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS y traslado de AFP, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos, reactivó su vinculación en el RPM y condenó en costas a las **DEMANDADAS**. Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE, PROTECCIÓN S.A.** y demás **AFP DEMANDADAS** brindaran asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditaron porque solo allegaron los formularios de afiliación, sin que la firma de éste por el afiliado las exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que las referidas AFP no demostraron el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o posteriores traslados de AFP.

De otra parte, EL **DEMANDANTE** en su interrogatorio se limitó a indicar que si bien conoció aspectos como la rentabilidad y la posibilidad de pensión anticipada, aclaró que nunca se le explicó el monto necesario para causar una pensión de vejez o como era afectado por la expectativa de vida, ni hubo comparación con el RPM, manifestación que no beneficia a las **DEMANDADAS** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

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

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

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual

modo, las **AFP DEMANDADAS** deben devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se modificará el alcance de la condena.

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

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** a trasladar a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del **DEMANDANTE** junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros

previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de que la **AFP DEMANDADA** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, causados por el tiempo de vinculación del **DEMANDANTE** en dicha AFP. Al momento de que la **AFP DEMANDADA** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

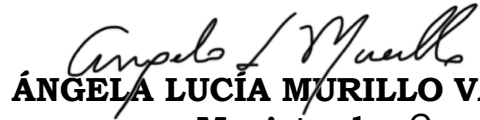
**QUINTO: SIN COSTAS** en esta instancia.

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

Escriba el texto aquí

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada. Con aclaración de voto

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: OMAR INFANTE SILVA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 003 2021 00049 01

## **MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

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

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

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

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No.04-2021-00465-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las demandadas **PORVENIR** y **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional a favor de esta última, contra la sentencia del 1° de diciembre de 2022 proferida por el Juzgado Cuarto (4°) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se declaró la ineficacia de la afiliación realizada por el demandante a **PORVENIR** y se ordenó a las AFP trasladar a **COLPENSIONES** la totalidad de los valores recibidos por aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, y condenó en costas a **PORVENIR** y **COLFONDOS** (*min. 58:17, archivo “19GrabaciónAudiencia”*).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA**

**IVÁN SANTIAGO PÁEZ RODRÍGUEZ** llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y a **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** con el fin de que se declare la nulidad de la afiliación y/o traslado realizado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad –

RAIS, a través de PORVENIR, y nulidad de la afiliación a **COLFONDOS** y, en consecuencia, se ordene a las AFP a retornar al Régimen de Prima Media con Prestación Definida – RPM todos los valores que hubieran recibido con motivo de su afiliación y a **COLPENSIONES** a recibirlo como su afiliado sin solución de continuidad, junto con la condena por facultades extra y ultra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que desde el 05 de diciembre de 1981 hasta el 30 de enero de 1998, estuvo afiliado en el RPM; que en julio de 1997 cuando laboraba para el INPEC los asesores de **PORVENIR** le presentaron el nuevo régimen pensional, le aseguraron que el ISS se iba a acabar, perdiendo lo cotizado en ese momento, que tendría mayores rendimientos con derecho a pensionarse cuando quisiera, por lo que así realizó el traslado; que el 20 de mayo y 1° de junio de 2021 radicó ante las demandadas peticiones solicitando la nulidad del traslado y el retorno al RPM, las cuales fueron negadas; que **PORVENIR** le realizó una simulación pensional donde su mesada pensional a los 62 años sería de \$1.278.100 pero que en **COLPENSIONES** la misma mesada ascendería a \$3.465.938 (pág. 4 a 23, archivo “01DemandayAnexos”).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Expresó que los hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción*, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la innominada o genérica (pág. 2 a 30, archivo “06ContestaPorvenir”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la presentación de la reclamación administrativa y su respuesta. Expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen*, responsabilidad sui generis de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe, cobro

de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, aplicabilidad de la sentencia SL373 de 2021, la innominada o genérica (pág. 25 a 57, archivo “07ContestaColpensiones”).

**COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** se opuso a las pretensiones. Aceptó la respuesta brindada a la solicitud presentada por el demandante. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación*, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación, pago y la innominada o genérica (pág. 4 a 15, archivo “09ContestaColfondos”).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 58:17, archivo “19GrabaciónAudiencia”)

El 1° de diciembre de 2022, el Juzgado Cuarto (4°) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO: DECLARAR** la ineficacia de la afiliación de IVÁN SANTIAGO PÁEZ RODRÍGUEZ a la AFP Porvenir, realizada en el año 1997. En consecuencia, **DECLARAR** que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el régimen de prima media con prestación definida. **SEGUNDO: CONDENAR** a la AFP Porvenir a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. **TERCERO: CONDENAR** a la AFP Colfondos a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto de gastos de administración, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexadas, por el periodo en que el demandante permaneció afiliado a esa administradora, al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. **CUARTO: ORDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES

*COLPENSIONES que, una vez, se efectúe el anterior trámite, acepte sin dilación alguna el traslado del demandante al régimen de prima media con prestación definida junto con sus correspondientes aportes. **QUINTO: DECLARAR NO PROBADAS** las excepciones propuestas por las demandadas. **SEXTO: CONDENAR** en costas a las demandadas Colfondos y Porvenir. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1/4 y 1/2 de SMMLV, respectivamente. **SÉPTIMO: CONCEDER** el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en consecuencia, envíese al Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral.”*

El Juzgado estableció como problema jurídico determinar si había lugar a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que hizo el demandante a **PORVENIR** en el año 1997 y en consecuencia declarar que para todos los efectos legales nunca se trasladó al RAIS y siempre permaneció en el RPM, y la viabilidad de ordenar a las AFP la devolución de las sumas por conceptos de aportes, rendimientos gastos de administración, comisiones de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, debidamente indexados.

Para resolver el Juez indicó que, teniendo la normatividad aplicable y el precedente jurisprudencial de la SL de la CSJ, la carga de la prueba recaía en **PORVENIR**, a quien le correspondía demostrar el tipo de información que le dio al demandante al momento del traslado, las consecuencias positivas como negativas y las características propias de cada uno de los regímenes pensionales, que como tal aspecto no ocurrió y no es aplicable los actos de relacionamiento, se demostró la falta al deber de información, lo que es indicativo que esa afiliación es ineficaz, siendo obligación de las AFP trasladar a **COLPENSIONES** todos los valores recibidos por conceptos de aportes pensionales, debidamente indexados.

### **III. RECURSOS DE APELACIÓN**

La apoderada de **PORVENIR** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoquen las condenas impuestas a esa entidad. Adujo que no se discutió en el proceso la capacidad legal del demandante de efectuar el negocio jurídico con las AFP, quien se encuentra inmerso en la prohibición legal prevista en el literal e del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, dado que se encuentra próximo de cumplir los 62 años de edad; que todos los fondos privados a través de una publicación en el Diario El

Tiempo del 14 de enero de 2004 indicaron a los afiliados la posibilidad de trasladarse de régimen en virtud del periodo de gracia previsto en la Ley 797 de 2003; además que el actor afirmó en el interrogatorio que suscribió de forma libre y voluntaria los formularios de afiliación que se aportaron con la contestación de la demanda; que el artículo 113 de la Ley 100 de 1993 establece cuales son los rubros que deben devolverse en un traslado de régimen pensional, por lo que ordenar la devolución de gastos de administración, primas de seguros previsionales y demás condenas, pueden configurar un enriquecimiento sin causa en favor del demandante y **COLPENSIONES**, en detrimento de **PORVENIR**.

Respecto de la indexación, aseguró que el afiliado durante la afiliación ha generado rendimientos financieros, por lo que resulta incompatible esta condena, máxime que al declararse la ineficacia retorna todo a su estado anterior. No obstante, que de no prosperar esta petición solicita se autorice descontar de los rendimientos financieros los valores que se ordenaron reintegran y su indexación (*min. 01:00:08, archivo “19GrabaciónAudiencia”*).

La apoderada de la demandada **COLPENSIONES** también presentó recurso de apelación contra la decisión de primer grado. Señaló que el demandante no tuvo mayor interés en indagar sobre la información recibida, tampoco se acercó al ISS para realizar comparación de la información y el estado actual de su afiliación y ver qué régimen o fondo de pensiones era más benigno para su futuro pensional (*min. 01:03:45, archivo “19GrabaciónAudiencia”*).

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de **COLPENSIONES** solicitó sean denegadas las pretensiones de la demanda dado que la parte actora no demostró que la afiliación al RAIS adoleciera de algún tipo de vicio en el consentimiento.

Por su parte, el apoderado del demandante solicitó se confirme la sentencia de primera instancia. Y el apoderado principal de **PORVENIR S.A.** reiteró los argumentos expuestos en la alzada.

## V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

## VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación a **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración y su correspondiente indexación, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) IVÁN SANTIAGO PÁEZ RODRÍGUEZ** nació el 14 de octubre de 1962 y se afilió al ISS a partir del 12 de marzo de 1992 (*pág. 108 y 118, archivo “01DemandayAnexos”*); **ii)** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación con **PORVENIR S.A.** el 22 de diciembre de 1997, con efectividad a partir del 1° de febrero de 1998 (*pág. 96 y 98, archivo “06ContestaPorvenir”*); **iii)** posteriormente realizó traslados en el RAIS inicialmente a **COLFONDOS** el 06 de octubre de 2000 (*pág. 93 y 94,*

*archivo (“09ContestaColfondos”), luego a la AFP HORIZONTE el 30 de julio de 2001, y después regresó a **PORVENIR** el 30 de abril de 2003 donde sigue vinculado (pág. 93 y 100, archivo “06ContestaPorvenir”).*

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

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

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

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

*de cada decisión en el corto, mediano y largo plazo, sin que ello signifique que deban ser anticipadas situaciones difíciles o imposibles de prever”.*

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

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

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

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

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

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

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

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, no hay prueba que al momento del traslado del RPM al RAIS del demandante, **PORVENIR** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó pues solo allegó el formulario de afiliación, y la sola firma de este documento por parte del afiliado no los exime de tal exigencia, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de dicha obligación al momento del traslado de régimen pensional.

Y la parte actora en el interrogatorio afirmó que al momento del traslado no hubo presencia de algún asesor de la AFP, lo que demuestra que ese traslado no se realizó en el marco de una libertad informada,

siendo obligación de la AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

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

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

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver a **COLPENSIONES**, debidamente indexados y con cargos a sus propios recursos, los aportes pensionales, rendimientos financieros, sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y los gastos de administración, percibidos durante la vinculación del afiliado, sin descuento alguno, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado, lo que descarta los

planteamientos de la alzada formulada por la AFP, pues en este tipo de asuntos se debe retornar al RPM el aporte completo, no pudiendo el fondo de pensiones retener o compensar suma alguna o beneficiarse con recursos que nunca debieron estar en el RAIS. Como la decisión de primera instancia es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se confirmará la condena.

Se advierte que la orden impartida por el *a quo* en el sentido de declarar a **COLPENSIONES** como actual fondo administrador de las cotizaciones del demandante, obliga a dicho fondo a recibir los valores antes referidos, incorporarlos como aportes pensionales, validarlos como semanas cotizadas y a reactivar la afiliación sin solución de continuidad, por lo que se adicionará el alcance de la condena, situación que no afecta el principio de sostenibilidad fiscal porque la ineficacia implica retrotraer las cosas al estado en que se hallaban antes, lo que conlleva que la **AFP DEMANDADA** deba reintegrar al RPM todos los recursos útiles para el eventual reconocimiento pensional, indexados, tal y como se ha indicado en las sentencias SL4989 de 2018; SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL2173 de 2022, SL2380 de 2022, entre otras.

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

De otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia para declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales

pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

Sin costas en esta instancia.

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

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el ordinal PRIMERO de la sentencia de primera instancia el cual quedará de la siguiente forma: “*PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional realizado por IVÁN SANTIAGO PÁEZ RODRÍGUEZ a la AFP Porvenir, en el año 1997. En consecuencia, DECLARAR que para todos los efectos legales el afiliado nunca se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad y, por tanto, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida.*”, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

**SEGUNDO: ADICIONAR** el ordinal TERCERO de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a **COLPENSIONES** a recibir al demandante, sin solución de continuidad, como su afiliado en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, a recibir de **PORVENIR** y **COLFONDOS** los valores ordenados y a incorporarlos como aportes pensionales en la historia laboral, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

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

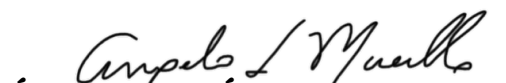
**CUARTO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

**QUINTO: SIN COSTAS** en esta instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada. Con aclaración de voto

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: IVAN SANTIAGO PAEZ RODRIGUEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 004 2021 00465 01

## **MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

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

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

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

  
**ÁNGELA LUCÍA MUXILLO VARÓN**  
Magistrada



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 05-2020-00339-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra el fallo del 20 de enero de 2022, que condenó al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pago de retroactivo a partir del 08 de agosto de 2019 y condenó en costas a la **DEMANDADA** (01:34:27 archivo “028. 20.01.2022 Audiencias”).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (archivo “002. 09 10 2020-02 DEMANDA”).**

**MARÍA RUBIELA MARÍN DE ARREDONDO** solicitó condenar a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar la pensión de sobrevivientes a partir del 07 de agosto de 2019, indexación, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que tiene 78 años, que el 09 de julio de 1962 celebró matrimonio con JOSÉ JESÚS ARREDONDO MARÍN, quien soportó su manutención económica, procreando 03 hijos. Señaló que la Resolución 0710 del 23 de marzo de 1988, el ISS le reconoció pensión de vejez al causante por 1 SMLMV, quien falleció el 07 de agosto de 2019, conviviendo con este hasta su fallecimiento.

Afirmó que reclamó la pensión de sobreviviente y por Resolución SUB 271452 de 2019 se negó la misma porque no se acreditó la convivencia con el causante en sus últimos 05 años de vida, acto contra el cual interpuso recursos, siendo confirmado con las Resoluciones SUB 313632 del 15 de noviembre de 2019 y SUB 271452 del 1º de octubre de 2019.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (archivo “013. 06.08.2021 CONTESTACION MARIA RUBIELA MARIN”).**

**COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos que el causante disfrutó pensión de vejez y que negó el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a la **DEMANDANTE**. Indicó que no se acreditó el requisito de convivencia con el causante por los 05 años inmediatamente anteriores al fallecimiento, por tanto, no reúne los requisitos legales para acceder a la pensión reclamada, por cuanto su deceso fue en Santiago de Cali y la residencia de la cónyuge supérstite reside en Bogotá D.C., conclusión reforzada con la investigación administrativa. Interpuso las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, presunción de legalidad de los actos administrativos, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, prescripción, compensación y la genérica.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:34:27 archivo “028. 20.01.2022 Audiencias”).**

El 20 de enero de 2022 el Juzgado 05 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) PRIMERO: **CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES -COLPENSIONES a pagar señora MARÍA RUBIELA MARÍN DE ARREDONDO una pensión de sobrevivientes, con ocasión al fallecimiento de su esposo y pensionado JOSÉ JESÚS ARREDONDO MARÍN, a partir del 08 de agosto de 2019, junto con los reajustes legales y mesada 13 adicional. Esta prestación deberá ser indexada, teniendo en cuenta como IPC inicial el del mes en que se cause cada mesada y como IPC final el del mes anterior al que se realice el pago efectivo. SEGUNDO: **COSTAS** a cargo de COLPENSIONES, inclúyase como agencias en derecho la suma de cuatro salarios mínimos legales mensuales vigentes. TERCERO: En caso que este fallo no fuera apelado, CONSÚLTESE a favor de COLPENSIONES. (…)*”.

El *a quo* fijó como problema jurídico establecer si le asiste derecho a la **DEMANDANTE** a la pensión de sobrevivientes y demás acreencias reclamadas.

Como fundamento de su decisión señaló que conforme la norma vigente al fallecimiento del causante en 2019, la **DEMANDANTE** como cónyuge supérstite debe acreditar 05 años de convivencia en cualquier tiempo con el causante, requisito que demostró no solo en el periodo inmediatamente anterior al deceso sino también en cualquier tiempo conforme la regla jurisprudencial de la H. CSJ, sin que el resultado superficial de la investigación administrativa, el cual privilegió la declaración de vecinos y un tendero por encima de la propia familia, desvirtúe las pruebas que demuestran de forma razonable que si hubo convivencia a pesar de los traslado de residencia de la pareja, siendo obstinada la posición de **COLPENSIONES** de exigir la convivencia en el periodo inmediatamente anterior cuando quien reclama es cónyuge del pensionado fallecido, carga que en todo caso se cumplía también.

### III. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

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

### IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

### V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo dispone el

artículo 69 CPTSS, procede a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

## VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si le asiste derecho a la **DEMANDANTE** al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes como cónyuge supérstite y demás pretensiones, conforme los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

## VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** la demandante **MARÍA RUBIELA MARÍN DE ARREDONDO** nació el 27 de abril de 1942 (archivo “*GEN-DDI-BE-2019\_14507076-20191028095236*” carpeta “*016. EXP. CAUSANTE*”); **ii)** la **DEMANDANTE** y el causante JOSÉ JESÚS ARREDONDO MARÍN (q.e.p.d.) celebraron matrimonio el 09 de julio de 1962 (Pág. 5 archivo “*004. 09 10 2020-03 ANEXOS*”); **iii)** mediante Resolución 710 del 23 de marzo de 1988, el extinto ISS reconoció al causante pensión legal de vejez a partir del 11 de febrero de 1988, en cuantía de 1 SMLMV (Pág. 1 a 5 archivo “*GEN-REQ-IN-2019\_11148221-20190826121444*” carpeta “*016. EXP. CAUSANTE*”); **iiii)** el causante falleció el 07 de agosto de 2019 (Pág. 6 archivo “*004. 09 10 2020-03 ANEXOS*”); **iv)** mediante Resolución SUB 271452 del 1° de octubre de 2019, la demandada **COLPENSIONES** negó a la **DEMANDANTE** la sustitución de la pensión de vejez del causante, acto administrativo que fue confirmado a través de las Resoluciones SUB 313632 del 15 de noviembre de 2019 y DEP 15310 del 26 de diciembre de 2019 (archivos “*GRF-AAT-RP-2019\_11148221-20191001095428*”, “*GRF-AAT-RP-2019\_14507076\_2-20191226101225*”, “*GRF-AAT-RP-2019\_14507076-20191115075252*” carpeta “*016. EXP. CAUSANTE*”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* condenó al reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, pago de retroactivo a partir del 08 de agosto de 2019 y condenó en costas a la **DEMANDADA**.

Procede la Sala a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada **COLPENSIONES**, atendiendo las siguientes consideraciones

- **Pensión de sobrevivientes a favor del cónyuge supérstite en vigencia de la Ley 797 de 2003.**

La H. CSJ señala que la normatividad vigente a la fecha de muerte del causante regula la causación y disfrute de la pensión de sobrevivientes, tal y como ha ratificado en las sentencias SL243-2023, SL315-2023, SL331-2023, entre otras.

La pensión de sobrevivientes regulada por la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, reconoce como beneficiario de la prestación a los miembros del grupo familiar del pensionado o afiliado fallecido por riesgo común, entre ellos al cónyuge o compañero permanente supérstite, siempre y cuando acredite mínimo 05 años de convivencia, precisando la H. CSJ que el cónyuge puede acreditar dicho periodo en cualquier tiempo, siempre y cuando permanezca vigente el vínculo matrimonial, por su parte, el compañero permanente debe probar el lapso de forma inmediatamente anterior al deceso del causante, tal y como se indicó en las sentencias SL2821-2021, SL4318-2021, SL2257-2022, SL2767-2022, SL4093-2022, entre otras.

La H. CSJ define el concepto de convivencia como la comunidad formada por la relación afectiva de respeto, cariño y ayuda mutua, con ánimo de permanencia, reflejo de un amor responsable que deriva en un proyecto de vida de pareja estable, real y vigente; la cual debe ser demostrada de manera ininterrumpida por el periodo exigido por la normatividad vigente SL1706-2021, SL803-2022, SL2767-2022, SL2893-2021 SL4283-2022, entre otras.

Para la Alta Corporación, hay convivencia a pesar de la ausencia física, cuando tal circunstancia obedezca a situaciones particulares y justificables de salud, trabajo y oportunidades laborales, imperativos

legales o económicos, fuerza mayor o cualquier otra situación que impida compartir techo y la cohabitación sin que ello implique la desaparición de la comunidad de vida de la pareja ni refleje el deseo de acabar la relación, al permanecer los lazos afectivos, sentimentales, apoyo y solidaridad, acompañamiento espiritual y ayuda mutua, tal y como se indicó en las sentencias SL3813-2022, SL1706-2021, SL803-2022, SL2767-2022, entre otras.

### **CASO EN CONCRETO.**

Conforme los antecedentes normativos expuestos, la H. CSJ de manera pacífica ha reiterado que la normatividad vigente a la fecha de muerte del causante regula la causación y disfrute de la pensión de sobrevivientes, tal y como indicó en las sentencias SL243-2023, SL315-2023, SL331-2023, entre otras.

En el presente asunto, el causante JOSÉ JESÚS ARREDONDO MARÍN (q.e.p.d.) falleció el 07 de agosto de 2019 (Pág. 6 archivo “004. 09 10 2020-03 ANEXOS”), así las cosas, la norma que regula la causación y disfrute de la pensión de sobrevivientes es la Ley 797 de 2003, vigente a la fecha del deceso del causante.

Así las cosas, la Ley 797 de 2003, que modificó los artículos 46 y 57 de la Ley 100 de 1993, reconoce como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez o invalidez por riesgo común que fallezca, presupuesto que se cumple en el presente asunto esta plenamente acreditado que al causante se le reconoció pensión legal de vejez a partir del 11 de febrero de 1988 en virtud de la Resolución 710 del 23 de marzo de 1988 del extinto ISS (Pág. 1 a 5 archivo “GEN-REQ-IN-2019\_11148221-20190826121444” carpeta “016. EXP. CAUSANTE”).

Por su parte, el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003, consagró como beneficiario vitalicio de la pensión de sobrevivientes al cónyuge supérstite, siempre y cuando tenga 30 o más años de edad a la fecha de fallecimiento del causante y acredite haber

convivido con éste no menos de cinco (05) años continuos con anterioridad a su muerte.

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

En el caso bajo estudio, la demandante **MARÍA RUBIELA MARÍN DE ARREDONDO** acreditó que nació el 27 de abril de 1942 archivo “GEN-DDI-BE-2019\_14507076-20191028095236” carpeta “016. EXP. CAUSANTE”) y celebró matrimonio con el causante el 09 de julio de 1962 (Pág. 5 archivo “004. 09 10 2020-03 ANEXOS”), sin acreditar divorcio, disolución de la sociedad conyugal, cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso o nulidad del mismo, de lo cual puede inferirse razonablemente que tal vínculo permaneció vigente hasta el fallecimiento del señor JOSÉ JESÚS ARREDONDO MARÍN (q.e.p.d.).

La demandada **COLPENSIONES** alegó que la **DEMANDANTE** no acreditó su convivencia con el causante dentro de los 05 años anteriores a su fallecimiento y no le reconoció la pensión de sobrevivientes, tal y como se aprecia en las Resoluciones SUB 271452 del 1º de octubre de 2019, SUB 313632 del 15 de noviembre de 2019 y DEP 15310 del 26 de diciembre de 2019 (“GRF-AAT-RP-2019\_11148221-20191001095428”, “GRF-AAT-RP-2019\_14507076\_2-20191226101225”, “GRF-AAT-RP-2019\_14507076-20191115075252” carpeta “016. EXP. CAUSANTE”).

La posición de **COLPENSIONES** se basa en los resultados del informe técnico de investigación realizado por COSINTE LTDA., el cual concluyó que las pruebas de campo y entrevistas no lograron conformar que entre la **DEMANDANTE** y el causante hubieran convivido los últimos 05 años de vida de este último, haciendo énfasis en que vecinos

de Pereira no conocieron a la **DEMANDANTE** y la diferencia entre los lugares de residencia de los cónyuges (archivos “*GEN-REQ-IN-2019\_11148221-20190905101218*”).

Los precitados resultados fueron desvirtuados con los elementos probatorios practicados en el proceso, en especial la solicitud del propio causante de reactivar el incremento pensional por cónyuge a cargo suspendido entre agosto a diciembre de 2004, enero a diciembre de 2005 y enero de 2006, solicitud que aceptó el extinto ISS, lo que acredita que por lo menos 43 años de convivencia entre julio de 1962 y febrero de 2006, plazo mayor al exigido por la H. CSJ, a saber, 05 años de convivencia en cualquier tiempo (archivo “*GEN-REQ-IN-2019\_11148221-20190826121442*”).

Así las cosas, bastaría con la anterior prueba para desvirtuar la posición de **COLPENSIONES**, quien injustificadamente se abstiene de acatar la regla jurisprudencial de la H. CSJ, según la cual la cónyuge supérstite con vínculo matrimonial vigente puede acreditar los 05 años de convivencia exigidos por la Ley 797 de 2003 en cualquier tiempo, criterio que comparte este Tribunal.

No obstante lo anterior, en el presente asunto se demostró a través de los testimonios de LILIAN LUCERO LONDOÑO AGUDELO, BLANCA NUBIA GÓMEZ TORRES y MARÍA YOLANDA GÁLVEZ ARREDONDO que la convivencia entre el causante y la **DEMANDANTE** nunca cesó, por cuanto una vez sus tres hijos se hicieron mayores de edad y se radicaron en ciudades distintas, a saber, Bogotá D.C., Palmira y Pereira; el causante y la **DEMANDANTE** se trasladaron de Tebaida – Quindío hacia Pereira, donde fijaron su residencia permanente sin perjuicio de los tiempos en que viajaban a Palmira a visitar a su hija LUZ ARGENIS o a su hijo JORGE IVÁN en Bogotá D.C., último lugar que no agradaba al causante por su clima frío, por lo cual la **DEMANDANTE** permanecía sola durante semanas para atender sus controles médicos, sin que ello implicara en modo alguno el ánimo de los cónyuges de dar por finalizada su convivencia y proyecto de vida en común.

En efecto, LILIAN LUCERO LONDOÑO AGUDELO manifestó que los cónyuges le arrendaron una casa, entre 2009 hasta el fallecimiento del causante en 2019, observando su trato de pareja y que constantemente viajaban donde sus hijos (24:30 archivo “028. 20.01.2022 Audiencias”).

A su vez, BLANCA NUBIA GÓMEZ TORRES declaró que conoció a los cónyuges porque la **DEMANDANTE** es su tía; que vivieron en Tebaida hasta que sus todos sus hijos fueron mayores, tras lo cual la pareja de esposos se trasladó a Pereira donde vivía su hija GLORIA ESPERANZA, a la vez que viajaban constantemente a Palmira a visitar a su hija LUZ ARGENIS o a su hijo JORGE IVÁN en Bogotá D.C. (34:40 archivo “028. 20.01.2022 Audiencias”).

Finalmente, MARÍA YOLANDA GÁLVEZ ARREDONDO narró que la **DEMANDANTE** fue esposa de su tío; que los esposos vivieron en Tebaida hasta su traslado de residencia a Pereira, compartieron un tiempo con su hija GLORIA ESPERANZA, visitando constantemente a sus otros hijos en Palmira y Bogotá D.C., último lugar donde el causante prefería no estar por el frío, sin que ello implicara separación de la pareja (52:40 archivo “028. 20.01.2022 Audiencias”).

Así las cosas, para la Sala hay prueba suficiente de que si bien existieron periodos de separación entre los cónyuges, por cuanto la **DEMANDANTE** se trasladaba a Bogotá D.C. a hacer sus exámenes y controles médicos, sitio donde no prefería ir el causante, ello no implicaba en modo alguno el deseo de los cónyuges de finalizar su convivencia, por cuanto su relación y proyecto de vida en común, lazos afectivos, sentimentales, apoyo, solidaridad y acompañamiento espiritual, siendo notorio que la H. CSJ ha reconocido que separaciones o periodos sin cohabitación no desvirtúan la convivencia cuando la causa de los mismos este justificada y se demuestre que nunca hubo ánimo de cesar la relación y dar por terminado el proyecto de vida común y permanente continuó existiendo.

Por las anteriores consideraciones, se confirmará la sentencia de primera instancia en cuanto el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes a favor de la **DEMANDANTE**, en la misma cuantía de Un (1) SMLMV de la pensión de vejez que disfruto el causante, a partir del día siguiente al fallecimiento de este, esto es, desde el 08 de agosto de 2019.

Como quiera que la demanda fue radicada el 25 de septiembre de 2020 (archivo “001. 09 10 2020-04 ACTA DE REPARTO JUZGADO PEQUEÑAS CAUSAS”), no hay duda que se presentó dentro de los 03 años siguientes a la defunción del causante, motivo por el cual no se causó la prescripción de ninguna mesada, de conformidad con los artículos 488 y 489 CST y 151 CPTSS.

Conviene señalar que ha sido posición sostenida del magistrado sustanciador señalar que la pensión de sobrevivientes causada con posterioridad al 31 de julio de 2011, se causa en 13 mesadas anuales, de conformidad con el Acto Legislativo 1° de 2005, tal y como ha indicado la H. CSJ en las sentencias SL12376-2014, SL4627-2016, SL3784-2019, SL5141-2019, SL1982-2020, SL3229-2020, SL3721-2020, SL672-2021, SL3933-2021, SL4165-2021, SL5260-221, entre otras.

Ahora bien, en el caso bajo estudio se advierte que el causante accedió a la pensión de vejez a partir del 11 de febrero de 1988, de lo cual se infiere que accedió a la mesada adicional de junio creada en el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, siendo posición de las compañeras magistradas que componen esta Sala de Decisión señalar que la pensión de sobrevivientes es un derecho derivado de la pensión de vejez del causante, realizándose la transmisión en un 100% incluido el número de mesadas anuales devengadas por el pensionado fallecido.

Así las cosas, sería del caso estudiar el número de mesadas de la pensión de sobrevivientes, no obstante, el fallo de primera instancia condenó a su reconocimiento en 13 mesadas anuales, aspecto que no fue controvertido por el apoderado de la **DEMANDANTE** y, en

consecuencia, como quiera que este expediente se conoce en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, se confirmará la decisión del *a quo*.

Frente la imposición de costas en el trámite de primera instancia a **COLPENSIONES**, la Sala advierte que dicha condena es procedente, cuanto el artículo 365 CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 CPTSS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada por este fondo de pensiones, independiente del comportamiento de las partes.

Sin costas en el grado jurisdiccional de consulta.

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

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: ADICIONAR** el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que la pensión de sobrevivientes reconocida a la **DEMANDANTE** asciende al monto de Un (1) SMLMV. Los demás apartes del precitado numeral se mantienen incólumes.

**SEGUNDO: CONFIRMAR** los demás numerales de la sentencia de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

**TERCERO: SIN COSTAS** en el grado jurisdiccional de consulta.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No.10-2020-00125-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante **JOSÉ ÁLVARO TORRES RUGE** contra la sentencia del 02 de febrero de 2023 proferida por el Juzgado Décimo (10º) Laboral del Circuito de Bogotá que estableció como primera mesada pensional la suma de \$573.530,29 a partir del 04 de febrero de 2011, declaró probada la excepción de prescripción, absolvió a la demandada de la reliquidación solicitada y condenó en costas a la parte actora (*min. 01:08:15, archivo “12Audiencia20230202Parte2”*).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA**

**JOSÉ ÁLVARO TORRES RUGE** llamó a juicio al **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** con el fin de que se reconozca y pague la reliquidación de la pensión restringida de jubilación por la correcta indexación de la primera mesada pensional, junto con las diferencias pensionales,

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

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 04 de febrero de 1951, laboró como trabajador oficial al servicio de los extintos Ferrocarriles Nacionales de Colombia entre el 07 de mayo de 1980 y el 15 de noviembre de 1991, vínculo que se terminó de forma unilateral por supresión del cargo; que la entidad demandada mediante Resolución No.1233 de 2011 le reconoció una pensión proporcional de jubilación - pensión sanción, a partir del 04 de febrero de 2011, en cuantía de \$535.600, equivalente al 42.99% sobre un IBL de \$1.002.089, sin que incluyeran todos los factores salariales devengados; que el 8 de agosto de 2011 solicitó la reliquidación e indexación de la prestación reconocida, petición que fue negada en Resolución No.2624 de 04 de octubre de 2011; que al considerar que el valor de la pensión es inferior a la que realmente le corresponde, reclamó nuevamente la reliquidación el 26 de septiembre de 2018, solicitud que también fue negada en oficio del 12 de junio de 2019 (*pág. 39 a 48, archivo “01ExpedienteDigital”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

El **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** se opuso a las pretensiones. Aceptó el vínculo laboral que tuvo el demandante con los extintos Ferrocarriles Nacionales de Colombia, los extremos temporales, la forma de terminación del contrato, la fecha de nacimiento del actor, el reconocimiento de la pensión de jubilación, las solicitudes de reliquidación y sus respuestas. Expresó que los demás hechos no eran ciertos y formuló las excepciones de *prescripción*, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, buena fe, compensación y la innominada o genérica (*pág. 2 a 8, archivo “08ContestacionDemandaUgpp”*).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:08:15, archivo “12Audiencia20230202Parte2”)

El 02 de febrero de 2023, el Juzgado Décimo (10) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO: DECLARAR** que el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES efectivamente debe reconocer como mesada pensional inicial al demandante correspondiente a la suma de \$573.530,29 para la data del 04 de febrero de 2011, debidamente indexada, de conformidad a la parte motiva de esta providencia a favor del señor JOSÉ ÁLVARO TORRES RUGE. **SEGUNDO: DECLARAR** probada la excepción por el FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, en relación a la de prescripción frente a las diferencias pensionales derivadas de la reliquidación pensional por las anualidades del año 2011, 2013 y 2014 y se absuelve del pago de diferencia en mesadas pensionales por la reliquidación y también se declaran probadas las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, frente a diferencias pensionales del año 2013 en adelante hasta la actualidad, teniendo en cuenta que la mesada pensional reliquidada se torna inferior al Salario Mínimo Legal, razones por las cuales, se absuelve del pago de diferencias en mesadas pensionales, de acuerdo a la parte motiva de esta providencia, y se absuelve al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, del pago de diferencias en mesadas pensionales deprecadas en la demanda. **TERCERO: SE CONDENA** en costas de esta instancia al demandante JOSÉ ÁLVARO TORRES RUGE a favor del FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA, deben ser tasadas por secretaría e incluir como agencias en derecho la suma de \$500.000. **CUARTO:** En caso de no ser apelada esta providencia, debe remitirse al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá para que se surta el grado jurisdiccional de consulta.”

Para resolver la Juez indicó que no hubo discusión sobre la calidad de pensionado del demandante, el ingreso base de liquidación y el porcentaje del 45.86%, sino que la controversia radica en la forma en que se aplicó la fórmula para la indexación de la primera mesada pensional. Señaló que el promedio del salario devengado por el actor en el último año de servicios fue de \$130.272, por lo que, al aplicar la jurisprudencia actualizada de la SLC de la CSJ, se toma el IPC final de diciembre de 2010, equivalente a 105.23651, diferente al aplicado por la demandada, y como IPC inicial de diciembre de 1990 que corresponde a 10.96102, lo que arroja un factor de indexación de 9.60 y un valor de salario indexado a 2011 de \$1.250.611.20, que al aplicarle una tasa de reemplazo de 45.86%, se obtiene una mesada pensional en cuantía de

\$573.530.30, superior a la concedida por el FONDO, siendo procedente su reliquidación. Que por efectos de reajuste de la mesada pensional año a año, el monto para el año 2012 es de \$594.898.81, 2013 \$609.386.65, 2014 \$621.208.75, 2015 \$643.944.99, 2016 \$687.540.06, 2017 \$727.073.62, 2018 \$756.80.93, 2019 \$780.877.51, 2020 \$810.550.86, 2021 \$823.600.73, 2022 \$869.887.09 y 2023 \$969.402.17, por lo que se generan unas diferencias a favor del actor desde el 2011 hasta 2014, pero que a partir del 2015 el monto es inferior al salario mínimo, generándose una reliquidación negativa en contra del demandante.

Sin embargo, el *a quo* advirtió que las diferencias generadas a favor de **JOSÉ ÁLVARO TORRES RUGE** se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo.

### **III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

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

### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, las partes no presentaron alegatos en esta instancia.

### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

## **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

Le corresponde a la Sala determinar si al demandante le asiste el derecho al reajuste de la primera mesada pensional por indexación, la reliquidación de la pensión restringida de jubilación y el pago de las diferencias.

## **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* el **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** mediante Resolución No.1233 del 02 de mayo de 2011 le reconoció a **JOSÉ ÁLVARO TORRES RUGE** pensión proporcional de jubilación - pensión sanción, en cuantía de \$535.600 a partir del 04 de febrero de 2011 (*pág. 10 a 13, archivo “01ExpedienteDigital”*); *ii)* **JOSÉ ÁLVARO TORRES RUGE** presentó solicitud de indexación y reliquidación pensional el 08 de agosto de 2011 (*pág. 14, archivo “01ExpedienteDigital”*), petición que fue negada por la demandada por medio de la Resolución No.2624 del 04 de octubre de 2011, al advertir que el monto a reconocer es inferior al SMLMV, aplicando una tasa de reemplazo de 45.86%, teniendo como promedio mensual devengando en el último de servicio la suma de \$130.272 (*pág. 17 a 25, archivo “01ExpedienteDigital”*); *iii)*; y el 26 de septiembre de 2018, el demandante presentó solicitud de reliquidación e indexación de la mesada pensional, despachada desfavorablemente en comunicación del 12 de junio de 2019 (*pág. 29 a 36, archivo “01ExpedienteDigital”*).

### **- Sobre la indexación de la primera mesada pensional**

La posición actual, sostenida y pacífica, tanto de la H. Corte Constitucional como de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señala que procede la indexación de la primera mesada pensional, con independencia de si la fecha de reconocimiento pensional lo fue con anterioridad o posterioridad a la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 o de la Ley 100 de 1993, tal y como ha sido expuesto en las sentencias SU-1073 de 2012, SL rad. 514035

del 5 de junio de 2012, SL698 de 2013, SL4106 de 2014, SL1361 de 2015, SL13076 de 2016, SL3191 de 2018, SL2880 de 2019, SL649 de 2020, SL1222 de 2021, SL2950 de 2021, entre otras.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ ha hecho énfasis de que la indexación de la primera mesada pensional procede cuando entre el retiro del servicio y el goce de la prestación existe una solución de continuidad que genere un desmedro del valor adquisitivo de la base salarial sobre la cual se calculó el valor de la pensión, caso en el cual se actualizará dicho índice multiplicando el valor del salario por el cuociente que resulta de dividir el IPC final (estructuración del derecho) sobre el IPC inicial (fecha del último salario o desvinculación), correspondiendo dichos índices a los del 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, tal y como reafirmó la alta Corporación en las sentencias SL4629 de 2016, SL1367 de 2020, SL3612 de 2020, entre otras.

### **CASO CONCRETO**

Descendiendo al caso bajo estudio, resulta relevante indicar que no es objeto de controversia que el actor laboró a favor de los extintos Ferrocarriles Nacionales de Colombia un total de 4.127 días entre el 07 de mayo de 1980 y el 16 de noviembre de 1991 (*pág. 13, archivo “01ExpedienteDigital”*); que el **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** mediante Resolución No.1233 del 02 de mayo de 2011 le reconoció a **JOSÉ ÁLVARO TORRES RUGE** pensión proporcional de jubilación - pensión sanción, en cuantía de \$535.600 a partir del 04 de febrero de 2011 (*pág. 10 a 13, archivo “01ExpedienteDigital”*); tampoco es motivo de discordia el promedio salarial mensual y la tasa de reemplazo obtenido por la demandada para calcular el valor de la mesada pensional. La discusión radica en que la parte actora considera que la mesada pensional es mucho mayor a la reconocida por aplicación indebida de la indexación.

Así las cosas, y aplicando la fórmula que según criterios técnicos es la más adecuada para llevar a valor presente el ingreso base de liquidación, el cual se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que es el último salario promedio devengado por el actor (\$130.272), por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE (vigente en la última anualidad anterior a la fecha de causación de la pensión) por el índice inicial, es decir, el vigente en la anualidad anterior a la fecha en que terminó la relación de trabajo, y al aplicar el porcentaje obtenido por la entidad de 45.86%, se obtiene el siguiente resultado:

| Salario base de liquidación | Ipc inicial | Ipc final | Factor de indexación | Salario indexado | Porcentaje pensión sanción | Valor primera mesada |
|-----------------------------|-------------|-----------|----------------------|------------------|----------------------------|----------------------|
| \$130.272,00                | 7,65        | 73,45     | 9,601307             | \$1.250.781,49   | 45,86                      | \$573.608,39         |

Siendo ello así, la mesada pensional calculada por la Sala es superior a la reconocida por la demandada (\$535.600), por lo que a continuación se establecerán las diferencias que surgen a favor del pensionado, advirtiéndole que la pensión que recibe desde el mismo momento del disfrute (04 de febrero de 2011) corresponde a un salario mínimo legal mensual vigente:

| Año  | Valor mesada a reconocer | Incremento IPC % | Mesada reconocida | Diferencia     | # mesadas | Total          |
|------|--------------------------|------------------|-------------------|----------------|-----------|----------------|
| 2011 | \$573.608,39             |                  | \$ 535.600        | \$ 38.008,39   | 12,9      | \$ 490.308,25  |
| 2012 | \$ 595.003,98            | 3,73             | \$ 566.700        | \$ 28.303,98   | 14        | \$ 396.255,78  |
| 2013 | \$ 609.522,08            | 2,44             | \$ 589.500        | \$ 20.022,08   | 14        | \$ 280.309,14  |
| 2014 | \$ 621.346,81            | 1,94             | \$ 616.000        | \$ 5.346,81    | 14        | \$ 74.855,34   |
| 2015 | \$ 644.088,10            | 3,66             | \$ 644.350        | -\$ 261,90     | 14        | \$ 0,00        |
| 2016 | \$ 687.692,87            | 6,77             | \$ 689.455        | -\$ 1.762,13   | 14        | \$ 0,00        |
| 2017 | \$ 727.235,21            | 5,75             | \$ 737.717        | -\$ 10.481,79  | 14        | \$ 0,00        |
| 2018 | \$ 756.979,13            | 4,09             | \$ 781.242        | -\$ 24.262,87  | 14        | \$ 0,00        |
| 2019 | \$ 781.051,06            | 3,18             | \$ 828.116        | -\$ 47.064,94  | 14        | \$ 0,00        |
| 2020 | \$ 810.731,00            | 3,80             | \$ 877.803        | -\$ 67.072,00  | 14        | \$ 0,00        |
| 2021 | \$ 823.783,77            | 1,61             | \$ 908.526        | -\$ 84.742,23  | 14        | \$ 0,00        |
| 2022 | \$ 870.080,42            | 5,62             | \$ 1.000.000      | -\$ 129.919,58 | 14        | \$ 0,00        |
| 2023 | \$ 984.234,97            | 13,12            | \$ 1.160.000      | -\$ 175.765,03 | 2         | \$ 0,00        |
|      |                          |                  |                   |                | TOTAL     | \$1.241.728,51 |

Por lo anterior, el demandante solo tendría derecho a las diferencias pensionales generadas durante los años 2011, 2012, 2013 y 2014, por cuanto a partir del 2015 el monto de la mesada calculada

es inferior al salario mínimo legal mensual vigente, no siendo viable reconocer una prestación pensional por debajo de ese límite.

No obstante, como lo advirtió el juzgado de instancia, los saldos insolutos que se causaron a favor del pensionado se encuentran afectados por el fenómeno extintivo de la prescripción.

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

Así las cosas, se advierte que el Juzgado de instancia declaró prescritas todas las diferencias causadas con anterioridad al 2015, la cual sustentó en que la demanda fue la que interrumpió el termino de prescripción. Al respecto, atendiendo a que la reclamación administrativa se agotó con la Resolución No.2624 del 04 de octubre de 2011, por medio de la cual el **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** resolvió la solicitud de reliquidación pensional (*pág. 17 a 25, archivo “01ExpedienteDigital”*), y la demanda tan solo fue presentada el 06 de marzo de 2020 (*pág. 49, archivo “01ExpedienteDigital”*), dicha radicación interrumpió válidamente el fenómeno extintivo. Las demás peticiones presentadas por el actor no tienen la condición de suspender el término prescriptivo dado que la norma sustantiva y procesal solo faculta su realización por una sola vez.

De suerte que resultan prescritas las diferencias sobre mesadas pensionales causadas antes del 07 de marzo de 2017, razón suficiente para confirmar la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la instancia.

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

**RESUELVE**

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

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en segunda instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CÉCILIA CORTÉS SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 11-2020-00092-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación y grado de consulta de **COLPENSIONES** contra el fallo del 10 de febrero de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos, reactivo la vinculación en el RPM y condenó en costas a **PROTECCIÓN S.A.** (02:06:53 archivo “19AudioAudiencia10.02.2023”).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (Pág. 4 a 25 archivo “01ProcesoDigitalizadoHastaAuto20220608”).**

**WENCESLAO RODRÍGUEZ** solicitó declarar nulo o ineficaz su traslado al RAIS, devolver el saldo de su CAIP, reactivar su vinculación en el RPM, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se afilió al ISS desde 1973, que en febrero de 2004 se trasladó al RAIS mediante afiliación a SANTANDER AFP hoy **PROTECCIÓN S.A.**, AFP que no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Aseguró que en octubre de 2019 solicitó a

las **DEMANDADAS** la nulidad de su traslado al RAIS y su retorno al RPM, petición que fue rechazada, así mismo, que el monto de su pensión en el RAIS sería muy inferior al que tendría en el RPM.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la fecha de traslado al RAIS y que negó la nulidad del mismo. Indicó que la vinculación fue libre e informada, porque brindó asesoría al potencial afiliado sobre las características de los regímenes pensionales, las condiciones para causar la pensión en cada uno y las consecuencias del traslado, tras lo cual el afiliado tomó la decisión de pertenecer a la AFP, a quien no le pueden exigir el nivel de rigurosidad del deber de información adoptado en nuevas normas que no estaban vigentes para la época de los hechos. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, aplicación del precedente de los actos de relacionamiento, reconocimiento de restituciones mutuas en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional y la genérica (Pág. 159 a 177 archivo “01ProcesoDigitalizadoHastaAuto20220608”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado y negó su retorno al RPM. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS pero el afiliado no acreditó las falencias alegadas en la demanda, de otra parte, no hay causa para declarar nulo o ineficaz la vinculación a la AFP y no es viable el retorno al RPM por la restricción de traslado por edad y afectación de la sostenibilidad financiera del Sistema. Interpuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia de derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago

de costas en instituciones administradoras de seguridad social públicas y la genérica (Pág. 270 a 307 archivo “01ProcesoDigitalizadoHastaAuto20220608”).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (02:06:53 archivo “19AudioAudiencia10.02.2023”).**

El 10 de febrero de 2023, el Juzgado 11 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado el día 1º de abril de 2004 por el señor WENCESLAO RODRÍGUEZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, administrado por la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN S.A. SEGUNDO. – CONDENAR a la demandada PROTECCIÓN S.A. a devolver a COLPENSIONES la totalidad de las sumas que hubiese recibido como producto de las cotizaciones obligatorias realizadas por el DEMANDANTE durante su permanencia en dicha administradora del RAIS, incluyendo lo percibido por la AFP SANTANDER S.A., es decir el 100% del valor de las cotizaciones obligatorias con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes que fueron descontados de la cotización y que fueron destinados a gastos de administración y fondo de garantía de pensión mínima, incluyendo pues los gastos de administración los conceptos que ya se expusieron en la parte motiva. TERCERO. – ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reactivar de manera inmediata la afiliación del demandante WENCESLAO RODRÍGUEZ al régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad y además a recibir la devolución de los dineros ordenada en este proveído. CUARTO. – las excepciones propuestas se declaren imprósperas. QUINTO. – CONDENAR en costas a la AFP PROTECCIÓN S.A., incluyendo como agencias en derecho en favor del DEMANDANTE la suma de 2 smmlv. SEXTO. – CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta ante la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá, en favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES, de conformidad con lo indicado en el artículo 14 de la Ley 1149 de 2007. (…)”*

El *a quo* fijó como problema jurídico establecer si el traslado del RPM al RAIS es ineficaz y la procedencia de las demás pretensiones.

Para resolver indicó que la libertad de selección de régimen parte de la debida información y la H. CSJ señala que la AFP tiene el deber de exponer las características de cada régimen y consecuencias del traslado y omitir ello genera la ineficacia del traslado al RAIS, sin que se admita como prueba la firma de manifestaciones o expresiones genéricas, por tanto, al no haber prueba del cumplimiento diligente de

dicho deber, declaró la ineficacia y ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos a impuso costas a la AFP.

### III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Indicó que si bien la AFP tiene deberes, el Decreto 2241 de 2010 también impuso obligaciones al afiliado, quien se debe asesorar de los actos jurídicos en que participa, además su voluntad de permanecer en el RAIS fue evidente y no se puede invalidar tal afiliación, la cual no desearon cambiar a pesar de alegar que su principal motivo era que el ISS desapareciera, de otra parte, las sentencias C-1024 de 2004 y SU-062 de 2010 imponen el deber al Juez de no ser ajeno a la afectación de los recursos de la seguridad social, porque aún con la devolución de los rendimientos no hay lugar a la ineficacia, porque las entidades actuaron según el principio constitucional de buena fe (02:13:29 archivo “19AudioAudiencia10.02.2023”).

### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada del **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo. Por su parte, la firma apoderada de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Linda Vannesa Barreto Santamaría, identificada con CC 1.013.637.319 y TP 280.300 del CSJ, quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, quien solicitó revocar el fallo. Agotado el término, el apoderado de **PROTECCIÓN S.A.** no presentó alegatos.

### V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

## VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación con SANTANDER AFP hoy **PROTECCIÓN S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* el demandante **WENCESLAO RODRÍGUEZ** nació el 14 de julio de 1957 (Pág. 26 archivo “01ProcesoDigitalizadoHastaAuto20220608”); *ii)* el **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 29 de octubre de 1973 al 31 de marzo de 2004, cotizando 738,71 semanas (Pág. 120 a 121 archivo “02ExpedienteAdministrativo”); *iii)* el **DEMANDANTE** se trasladó al RAIS mediante formulario de afiliación a SANTANDER AFP hoy **PROTECCIÓN S.A.** del 25 de febrero de 2004, efectivo a partir del 1º de abril de 2004, AFP donde permanece vinculado y acumula 1564,43 semanas cotizadas a septiembre de 2021 (Pág. 178 a 180, 216 archivo “01ProcesoDigitalizadoHastaAuto20220608”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos, reactivo la vinculación en el RPM y condenó en costas a **PROTECCIÓN S.A.** Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación.

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

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

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

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

En relación con este aspecto, la Corte Constitucional mediante Sentencia C-030 del 28 de enero de 2009, consideró que para ejercer la opción de traslado de régimen pensional, era necesario que el

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

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

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

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

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

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

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

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

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE**, SANTANDER AFP hoy **PROTECCIÓN S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de

dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de este por el afiliado la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional.

De otra parte, el **DEMANDANTE** en su interrogatorio reconoció conocer sobre los aportes voluntarios a pensión y que su deseo de retornar al RPM es porque a sus amigos les ha ido bien en dicho régimen, no obstante, aclaró que no fue asesorado sobre las características comparativas de cada régimen y las condiciones que inciden en la formación de su pensión de vejez en el RAIS, manifestación que no beneficia a las **DEMANDADAS** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

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

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

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

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

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

Se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de declarar que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales

pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto.

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

Sin costas en esta instancia.

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

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del **DEMANDANTE** junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía

de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento en que la **AFP DEMANDADA** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

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

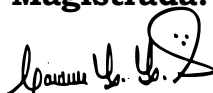
**CUARTO: SIN COSTAS** en esta instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada. Con aclaración de voto

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## ACLARACIÓN DE VOTO

DEMANDANTE: WENCESLAO RODRIGUEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 011 2020 00092 01

## MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY

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

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

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

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No.14-2019-00312-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver los recursos de apelación presentados por las partes, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia del 30 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se condenó a dicha entidad a reconocer y pagar al actor la pensión de vejez a partir del 17 de junio de 2007, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, ordenó el pago de un retroactivo de \$78.877.115,17 por la mesadas causadas entre el 26 de abril de 2016 al 31 de diciembre de 2022, intereses moratorios sobre el retroactivo pensional a partir del 26 de abril de 2016 y costas procesales por la suma de un (1) SMLMV (01:11:14, archivo “12AudienciaArticulo7780CPTSS”).

**I. ANTECEDENTES**

**DEMANDA**

**ROSEMBERG PEÑA OLARTE** llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**

con el fin de que declare que las pensiones de jubilación públicas que le fueron reconocidas son compatibles con la pensión vejez reclamada, que es beneficiario del régimen de transición y, en consecuencia, que se condene a **COLPENSIONES** a pagar la pensión de vejez a partir del 17 de junio de 2007 en 14 mesadas anuales, junto con el retroactivo, intereses moratorios, costas procesales y condenas ultray extra *petita*.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 17 de junio de 1947, que CAJANAL le reconoció pensión de jubilación gracia a través de la Resolución No.019248 del 25 de junio de 1998 teniendo en cuenta los tiempos laborados al Distrito Capital desde el 05 de junio de 1972 al 30 de marzo de 1998, que el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio mediante Resolución No.06954 del 12 de diciembre de 2002 le reconoció pensión de jubilación por haber laborado más de 20 años como docente; manifestó que le solicitó a la demandada pensión vejez el 04 de abril de 2014, quien mediante Resolución GNR305664 del 02 de septiembre de 2014 le negó la prestación, decisión contra la cual interpuso recurso de reposición en subsidio apelación; que **COLPENSIONES** mediante resoluciones No.92632 del 26 de marzo de 2015 y VPB47424 del 04 de junio de 2015, confirmó el acto administrativo inicial; y finalmente, que cotizó al ISS 518 semanas con empleadores privados en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de los 60 años, al 1° de abril de 1994 tenía más de 40 años y no se encuentra gozando de pensión por parte de **COLPENSIONES** (pág. 33 a 44, archivo “01ExpedienteDigitalRosembergVSColpensiones”).

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la totalidad de los hechos, precisando que la edad de 60 años el actor los cumplió el 17 de junio de 2007. Formuló las excepciones de *inexistencia del derecho y de la obligación*, inexistencia del derecho de intereses moratorios, prescripción, buena fe y la innominada o genérica (pág. 65 a 73, archivo “01ExpedienteDigitalRosembergVSColpensiones”).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:11:14, archivo “12AudienciaArticulo7780CPTSS”)

El 30 de enero de 2023, el Juzgado Cuarenta (40) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

**(...) PRIMERO:** DECLARAR que la pensión de jubilación reconocida al demandante Rosemberg Peña Olarte, cédula de ciudadanía 4.170.555 por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la pensión gracia que le fue reconocida por parte de la Caja Nacional de Previsión Social Cajanal son compatibles con la pensión de vejez que el demandante reclama en esta demanda frente a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO:** Como consecuencia de lo anterior DECLARAR que al demandante Rosemberg Peña Olarte, cédula de ciudadanía 4.170.555, le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez por parte de la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a partir del 17 de junio de 2007, en cuantía para dicha anualidad equivalente al salario mínimo mensual legal vigente establecido por el Gobierno Nacional junto con los respectivos incrementos anuales, en 14 mesadas pensionales al año, conforme a lo expuesto en esta decisión. **TERCERO:** DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción formulada por la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones respecto de todas y cada una de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 26 de abril de 2016, conforme a las consideraciones de esta decisión; y, por sustracción de materia, DECLARAR no probadas las demás excepciones planteadas por la aquí demandada. **CUARTO:** DECLARAR que al demandante Rosemberg Peña Olarte, cédula de ciudadanía 4.170.555 le asiste derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional en la suma de \$78.877.115,17, de conformidad con las consideraciones de esta decisión. **QUINTO:** CONDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a pagar al señor Rosemberg Peña Olarte la pensión de vejez a partir del 26 de abril de 2016 en 14 mesadas pensionales, de conformidad con lo señalado en la parte motiva de esta decisión y por haber prosperado parcialmente la excepción de prescripción. **SEXTO:** CONDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a pagar en favor del demandante Rosemberg Peña Olarte la suma de \$78.877.115,17 por concepto de retroactivo pensional a partir del 26 de abril de 2016 y hasta el 31 de diciembre de 2022, y las mesadas pensionales que se causen con posterioridad a esta última fecha, autorizando a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones para que, de dicho monto, realice los descuentos respectivos, con destino al Sistema de seguridad Social en salud. **SÉPTIMO:** CONDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones a pagar en favor del demandante la suma

*de \$78.877.115,17, sobre esta suma el valor de los correspondientes intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, la cual se liquidará sobre el valor del retroactivo pensional y sobre las mesadas que se causen con posterioridad desde el 26 de abril de 2016, y hasta que se verifique su pago, de acuerdo a lo señalado en esta decisión. **OCTAVO:** CONSÚLTESE esta decisión en lo desfavorable a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones de conformidad con el artículo 69 del CPTSS. **NOVENO:** CONDENAR en costas a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, fijando como agencias en derecho en favor de la parte demandante el equivalente a un salario mínimo legal mensual vigente. (...).*

El Juzgado definió el problema jurídico en determinar si la pensión de jubilación reconocida al demandante por el Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio, así como la pensión gracia reconocida por CAJANAL, eran compatibles con la pensión de vejez del Sistema General de Pensiones, si el actor era beneficiario del régimen de transición y si acredita los requisitos para acceder a la pensión vejez conforme el Decreto 758 de 1990, junto con su retroactivo pensional e intereses moratorios.

Para resolver el Juez indicó que conforme al precedente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia la pensión gracia que ostenta el actor a cargo de CAJANAL y la pensión vitalicia de jubilación reconocida por el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio son compatibles con la pensión vejez a cargo del Sistema General de Pensiones, por cuanto los aportes cotizados a **COLPENSIONES** fueron realizados por empleadores privados y el afiliado, y no son dineros pertenecientes al tesoro público.

Para determinar el derecho pensional indicó que el demandante nació el 17 de junio de 1947 y a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con más de 46 años de edad, por ende es beneficiario del régimen de transición, arribó a la edad de 60 años el 17 de junio de 2007, en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de los 60 años, esto es, entre el 17 de junio de 1987 hasta el 17 de junio de 2007, acreditó 518 semanas, cumpliendo con los requisitos para acceder a la pensión vejez en cuantía inicial de un SMLMV, sobre 14

mesadas anuales, efectiva a partir del 26 de abril de 2016, por efectos de prescripción, junto con los intereses moratorios a partir de la misma fecha y hasta cuando se verifique su pago.

### III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada de la parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación de manera parcial contra la sentencia de primera instancia solicitando se revise la liquidación efectuada y se aclare el monto pensional. Adujo que las cotizaciones que el actor realizó al sector privado fueron superiores al salario mínimo (*min. 01:15:46, archivo “12AudienciaArticulo7780CPTSS”*).

Por su parte, la apoderada de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitado se revoque en su integridad. Como sustento de la alzada indicó que el derecho pensional de un afiliado al FOMAG resulta incompatible con la pensión de vejez que pueda reconocer el Sistema General de Pensiones a cargo de **COLPENSIONES** si este se causa entre el 18 de mayo de 1992 y el 11 de agosto de 1993, fecha de entrada en vigencia de Ley 60 de ese mismo año, conforme al artículo 128 de la Constitución Política y el Decreto 1278 de 2002 nadie puede recibir más de una asignación a cargo del tesoro público; que la pensión de jubilación reconocida por el FOMAG que ostenta el demandante con fecha de estatus 17 de junio de 2002, resulta incompatible con la que se pueda generar en el Sistema General de Pensiones, por lo que considera que el accionante no tiene derecho a la pensión vejez conforme el régimen de transición.

Indicó que no hay lugar a la imposición de los intereses moratorios y solicita se tenga en cuenta lo señalado por la Corte Constitucional en sentencia C-601 del 24 de mayo de 2000 ya que los mismos sólo proceden ante el retardo en el pago de las pensiones y sobre aquellas causadas conforme la Ley 100 de 1993, y en el presente asunto al no existir el derecho pensional por la incompatibilidad, no hay retardo en el pago de mesadas pensionales y al haberse

condenado al pago de la prestación bajo el régimen de transición no hay lugar a condena por dichos rubros (*min. 01:17:18, archivo “12AudienciaArticulo7780CPTSS”*).

#### IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Luz Sthephanie Díaz Trujillo, identificada con C.C. 1.026.268.663 y titular de la T.P. 325.263 del C.S.J., a quien se tendrá como apoderada sustituta de dicha entidad, y en su escrito de alegatos reiteró que las pensiones públicas que ostenta el actor, por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Caja Nacional de Previsión Social, son incompatibles con la pensión vejez a cargo de **COLPENSIONES**. La parte actora no presentó alegaciones de segunda instancia.

#### V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

#### VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66<sup>a</sup> y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación presentados por las partes y los que no en el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala resolver si la pensión de vejez que se reclama a cargo de **COLPENSIONES** es compatible con la pensión de jubilación reconocida al demandante a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la pensión gracia otorgada por la Caja Nacional de Previsión Social y si, como consecuencia de ello, la demandada debe reconocer y pagar la pensión vejez con su correspondiente retroactivo e intereses moratorios.

## VIII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: *i)* **ROSEMBERG PEÑA OLARTE** nació el 17 de junio de 1947 (*pág. 3, archivo “01ExpedienteDigitalRosembergVSColpensiones”*); *ii)* la Caja Nacional de Previsión Social mediante Resolución No.019248 del 25 de junio de 1998 le concedió pensión de jubilación en cuantía inicial de \$343.575,62 a partir del 17 de junio de 1997 tomando en cuenta los tiempos laborados para el Distrito Capital entre el 05 de junio de 1972 al 30 de marzo de 1998 (*pág. 28 a 30, archivo “01ExpedienteDigitalRosembergVSColpensiones”*); *iii)* el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio a través de la Resolución No.06954 del 12 de diciembre de 2002 le concedió pensión de jubilación en cuantía inicial de \$1.074.891 a partir del 18 de junio de 2002 por haber laborado más de 20 años como docente nacionalizado (*pág. 31 a 32, archivo “01ExpedienteDigitalRosembergVSColpensiones”*); *iv)* el demandante se afilió al ISS el 23 de marzo de 1988 y cotizó un total de 518 semanas entre el 23 de marzo de 1988 hasta el 31 de diciembre de 1999 con empleadores privados (*pág. 59 a 62, archivo “01ExpedienteDigitalRosembergVSColpensiones”*); *v)* el actor le solicitó a **COLPENSIONES** la pensión vejez el 04 de abril de 2014, entidad que por medio de la Resolución GNR305664 del 02 de septiembre de 2014 le negó la prestación (*pág. 4 a 6 y 14 a 17, archivo “01ExpedienteDigitalRosembergVSColpensiones”*), decisión contra la cual interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación (*pág.*

*7 a 8 archivo “01ExpedienteDigitalRosembergVSColpensiones”), vi) COLPENSIONES mediante resolución GNR92632 del 26 de marzo de 2015 resolvió el recurso de reposición (pág. 9 a 13, archivo “01ExpedienteDigitalRosembergVSColpensiones”), y en Resolución VPB47424 del 04 de junio de 2015 resolvió el recurso de apelación, confirmando en todas y cada una de sus partes el acto administrativo inicial (pág. 18 a 24, archivo “01ExpedienteDigitalRosembergVSColpensiones”).*

**- Compatibilidad entre la pensión vejez a cargo de COLPENSIONES y las pensiones reconocidas por el Magisterio**

Para resolver este punto de la controversia el inciso segundo del artículo 279 de la Ley 100 de 1993 exceptúa a los afiliados del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio de la aplicación de las reglas del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones advirtiéndole que las *“prestaciones a cargo, de dicho Fondo, serán compatibles con pensiones o cualquier clase de remuneración”*. En los términos de esta norma, las asignaciones o prestaciones que surgen a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio por la prestación de servicios docentes son compatibles con las que surjan del Sistema General de pensiones regulado por la Ley 100 de 1993.

Sobre la compatibilidad entre las pensiones percibidas por docentes afiliados al Fondo Nacional de Prestaciones del Magisterio y las prestaciones económicas por cotizaciones al RPMPD y al RAIS, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que el reconocimiento de la pensión de jubilación por parte del Magisterio y el pago del bono pensional a cargo de la Nación no representa una doble asignación a cargo del erario pues a pesar de que el bono constituye un título de deuda pública en los términos del artículo 121 de la Ley 100 de 1993, los dineros que acredita no provienen de la Nación sino de las cotizaciones efectuadas por empleadores y trabajadores, y por tanto tienen diferente fuente de financiación. Asimismo, ha señalado que una persona que preste sus servicios a establecimientos educativos oficiales y adquiera una

pensión de jubilación oficial y simultáneamente preste sus servicios a instituciones privadas cuyos aportes obligatorios financien una posible pensión de vejez en el ISS, hoy COLPENSIONES, no genera incompatibilidad alguna (*SL de fecha 6 de diciembre de 2011 radicado 40848, SL 451 de 2013, SL 3775 de 2021 y SL 1127 de 2022*).

### **CASO CONCRETO**

Descendiendo al caso se tiene que al demandante **ROSEMBERG PEÑA OLARTE** le fue reconocida una pensión de jubilación por parte de la Caja Nacional de Previsión Social mediante Resolución No. 019248 del 25 de junio de 1998 en cuantía inicial de \$343.575,62, a partir del 17 de junio de 1997 tomando en cuenta los tiempos laborados para el Distrito Capital entre el 05 de junio de 1972 al 30 de marzo de 1998 (*pág. 28 a 30 archivo “01ExpedienteDigitalRosembergVSColpensiones”*), igualmente le fue reconocida una pensión de jubilación por parte del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio en Resolución No.06954 del 12 de diciembre de 2002, en cuantía inicial de \$1.074.891 a partir del 18 de junio de 2002 por haber laborado más de 20 años como docente nacionalizado (*pág. 31 a 32 archivo “01ExpedienteDigitalRosembergVSColpensiones”*), por lo que para el reconocimiento, liquidación y pago de las mismas solo se tuvieron en cuenta los tiempos laborados con entidades públicas cuando se desempeñó como docente. Adicionalmente, reporta tiempos cotizados en el ISS hoy COLPENSIONES con empleadores privados desde el 23 de marzo de 1988 hasta el 31 de diciembre de 1999 acumulando un total de 518 semanas (*pág. 59 a 62 archivo “01ExpedienteDigitalRosembergVSColpensiones”*);

Al respecto, conforme al precedente jurisprudencial, las pensiones que percibe el demandante a cargo del Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio y la Caja Nacional de Previsión Social son compatibles con la pensión vejez a cargo de **COLPENSIONES** atendiendo a que, si bien la demandada es una

entidad de seguridad social del orden público, la pensión vejez se financia con las cotizaciones realizadas por el demandante con empleadores privados y por tanto no hacen parte del erario, sin que ello comporte incompatibilidad alguna.

Ahora bien, atendiendo a la compatibilidad de la pensión vejez a cargo de **COLPENSIONES** con las pensiones que ostenta el accionante como docente, se procede a verificar si cumple con los requisitos para acceder al reconocimiento y pago de la misma conforme el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que exige como requisitos para acceder a dicha prestación tener 60 o más años de edad y un mínimo de 1.000 semanas en cualquier tiempo o 500 en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad requerida, lo anterior en virtud del régimen de transición establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, de la siguiente manera:

**ROSEMBERG PEÑA OLARTE** nació el 17 de junio de 1947 (*pág. 3, archivo “01ExpedienteDigitalRosembergVSColpensiones”*), por ende, a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 46 años de edad, por ende es beneficiario del régimen de transición, se afilió al ISS el 23 de marzo de 1988 (*pág. 59 a 62 archivo “01ExpedienteDigitalRosembergVSColpensiones”*), al cumplimiento de los 60 años de edad el 17 de junio de 2007 acredita 518 semanas cotizadas entre el 23 de marzo de 1988 hasta el 31 de diciembre de 1999, esto es, dentro de los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad requerida (*pág. 59 a 62 archivo “01ExpedienteDigitalRosembergVSColpensiones”*), motivo por el cual cumple más de las 500 establecidas en la norma para acceder a la pensión vejez, sin que sea necesario que el actor acredite 750 semanas a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, pues adquirió el derecho antes del 31 de julio de 2010.

Por todo lo anterior, el demandante tiene derecho a la prestación reclamada, motivo por el cual la Sala despacha desfavorablemente los argumentos expuestos en la alzada por **COLPENSIONES** por cuanto,

como ya se explicó, no existe incompatibilidad entre la pensión vejez reclamada por el actor y las prestaciones que percibe por el Magisterio y CAJANAL, más aún cuando las semanas cotizadas en el ISS no fueron tenidas en cuenta para causar y liquidar las pensiones otorgadas por las referidas entidades.

Frente a la inconformidad de la parte actora, se procede a liquidar la pensión de vejez, recordando que el IBL corresponde al promedio de los últimos 10 años de cotización ya que el demandante a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 le faltaban más de 10 años para adquirir el derecho a la prestación, y al acreditar 518 semanas de cotización en toda la vida laboral le corresponde una tasa de remplazo equivalente al 45% conforme al artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990, Decreto 758 de 1990, así:

| DESDE      | HASTA      | #<br>DÍAS | IBC            | IPC<br>FINAL | IPC<br>INICIAL | IPC<br>ACUMULADO | SALARIO<br>ACTUALIZADO | SALARIO<br>ACTUALIZADO X<br>DÍAS |
|------------|------------|-----------|----------------|--------------|----------------|------------------|------------------------|----------------------------------|
| 18/04/1988 | 30/11/1988 | 227       | \$39.310,00    | 61,330000    | 3,580000       | 17,13            | \$673.430,81           | \$152.868.793,88                 |
| 21/02/1989 | 30/11/1989 | 283       | \$47.370,00    | 61,330000    | 4,580000       | 13,39            | \$634.323,60           | \$179.513.579,54                 |
| 1/03/1990  | 30/03/1990 | 263       | \$54.630,00    | 61,330000    | 5,780000       | 10,61            | \$579.664,00           | \$152.451.631,09                 |
| 25/02/1991 | 31/12/1991 | 310       | \$70.260,00    | 61,330000    | 7,650000       | 8,02             | \$563.273,96           | \$174.614.927,84                 |
| 1/01/1992  | 1/12/1992  | 336       | \$70.260,00    | 61,330000    | 9,700000       | 6,32             | \$444.231,53           | \$149.261.792,66                 |
| 26/02/1993 | 30/11/1993 | 278       | \$111.000,00   | 61,330000    | 12,140000      | 5,05             | \$560.760,30           | \$155.891.362,44                 |
| 1/03/1994  | 1/12/1994  | 276       | \$142.000,00   | 61,330000    | 14,890000      | 4,12             | \$584.879,79           | \$161.426.820,69                 |
| 1/02/1995  | 7/02/1995  | 7         | \$41.533,00    | 61,330000    | 18,250000      | 3,36             | \$139.573,64           | \$977.015,46                     |
| 1/03/1995  | 31/03/1995 | 30        | \$178.000,00   | 61,330000    | 18,250000      | 3,36             | \$598.177,53           | \$17.945.326,03                  |
| 1/04/1995  | 30/11/1995 | 240       | \$183.270,00   | 61,330000    | 18,250000      | 3,36             | \$615.887,62           | \$147.813.029,26                 |
| 1/02/1996  | 29/02/1996 | 30        | \$230.000,00   | 61,330000    | 21,800000      | 2,81             | \$647.059,63           | \$19.411.788,99                  |
| 1/03/1996  | 31/03/1996 | 30        | \$270.000,00   | 61,330000    | 21,800000      | 2,81             | \$759.591,74           | \$22.787.752,29                  |
| 1/04/1996  | 31/10/1996 | 210       | \$250.000,00   | 61,330000    | 21,800000      | 2,81             | \$703.325,69           | \$147.698.394,50                 |
| 1/11/1996  | 30/11/1996 | 30        | \$650.000,00   | 61,330000    | 21,800000      | 2,81             | \$1.828.646,79         | \$54.859.403,67                  |
| 1/02/1997  | 28/02/1997 | 30        | \$544.980,00   | 61,330000    | 26,520000      | 2,31             | \$1.260.317,62         | \$37.809.528,73                  |
| 1/03/1997  | 31/03/1997 | 30        | \$580.000,00   | 61,330000    | 26,520000      | 2,31             | \$1.341.304,68         | \$40.239.140,27                  |
| 1/04/1997  | 30/04/1997 | 30        | \$743.994,00   | 61,330000    | 26,520000      | 2,31             | \$1.720.556,26         | \$51.616.687,81                  |
| 1/05/1997  | 31/10/1997 | 180       | \$580.000,00   | 61,330000    | 26,520000      | 2,31             | \$1.341.304,68         | \$241.434.841,63                 |
| 1/11/1997  | 30/11/1997 | 30        | \$1.010.000,00 | 61,330000    | 26,520000      | 2,31             | \$2.335.720,21         | \$70.071.606,33                  |
| 1/12/1997  | 31/12/1997 | 30        | \$580.000,00   | 61,330000    | 26,520000      | 2,31             | \$1.341.304,68         | \$40.239.140,27                  |
| 1/01/1998  | 31/01/1998 | 30        | \$580.000,00   | 61,330000    | 31,210000      | 1,97             | \$1.139.743,67         | \$34.192.310,16                  |
| 1/02/1998  | 28/02/1998 | 30        | \$744.626,00   | 61,330000    | 31,210000      | 1,97             | \$1.463.246,16         | \$43.897.384,73                  |
| 1/03/1998  | 31/03/1998 | 30        | \$377.057,00   | 61,330000    | 31,210000      | 1,97             | \$740.945,40           | \$22.228.361,88                  |
| 1/04/1998  | 30/04/1998 | 30        | \$705.875,00   | 61,330000    | 31,210000      | 1,97             | \$1.387.097,52         | \$41.612.925,74                  |
| 1/05/1998  | 31/05/1998 | 30        | \$706.000,00   | 61,330000    | 31,210000      | 1,97             | \$1.387.343,16         | \$41.620.294,78                  |
| 1/06/1998  | 31/10/1998 | 150       | \$705.875,00   | 61,330000    | 31,210000      | 1,97             | \$1.387.097,52         | \$208.064.628,72                 |

| DESDE      | HASTA      | #<br>DÍAS | IBC          | IPC<br>FINAL | IPC<br>INICIAL | IPC<br>ACUMULADO | SALARIO<br>ACTUALIZADO | SALARIO<br>ACTUALIZADO X<br>DÍAS |
|------------|------------|-----------|--------------|--------------|----------------|------------------|------------------------|----------------------------------|
| 1/11/1998  | 30/11/1998 | 30        | \$727.517,00 | 61,330000    | 31,210000      | 1,97             | \$1.429.625,68         | \$42.888.770,53                  |
| 1/12/1998  | 31/12/1998 | 30        | \$705.875,00 | 61,330000    | 31,210000      | 1,97             | \$1.387.097,52         | \$41.612.925,74                  |
| 1/01/1999  | 31/01/1999 | 30        | \$705.875,00 | 61,330000    | 36,420000      | 1,68             | \$1.188.668,69         | \$35.660.060,75                  |
| 1/02/1999  | 31/10/1999 | 270       | \$433.061,00 | 61,330000    | 36,420000      | 1,68             | \$729.259,50           | \$196.900.066,04                 |
| 1/11/1999  | 31/12/1999 | 60        | \$433.000,00 | 61,330000    | 36,420000      | 1,68             | \$729.156,78           | \$43.749.406,92                  |
| TOTAL DIAS |            | 3600      |              |              |                |                  |                        | \$<br>2.771.359.699,39           |

|                  |              |
|------------------|--------------|
| IBL              | \$769.822,14 |
| TOTAL<br>SEMANAS | 518          |

|                      |               |
|----------------------|---------------|
| VALOR<br>PENSION     | \$ 346.419,96 |
| TASA DE<br>REEMPLAZO | 45%           |

En consecuencia, el valor de la pensión vejez de **ROSEMBERG PEÑA OLARTE** asciende a la suma de **\$346.419,96** para el año 2007, valor que resulta inferior al SMLMV que para ese periodo corresponde a la cantidad de **\$433,700**, razón suficiente para confirmar el valor de la mesada pensional determinada por el *a quo*. Además, al causarse la prestación con anterioridad al 31 de julio de 2011 y ser inferior a 3 SMLMV, debe pagarse sobre 14 mesadas anuales, conforme el parágrafo transitorio 6º del Acto Legislativo 01 de 2005. Con todo, al ser incierta la fecha en que **COLPENSIONES** incluirá en nómina de pensionados la prestación reconocida a favor de **ROSEMBERG PEÑA OLARTE** no es viable liquidar el valor del retroactivo pensional, lo que conlleva a la modificación de la sentencia en dicho aspecto.

- **Sobre la excepción de prescripción**

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

Así las cosas, se tiene que el *a quo* determinó que la prescripción había sido interrumpida con la presentación de la demanda, situación que no fue objeto de recurso, por ende, se tiene que ésta fue radicada el 26 de abril de 2019 (*pág. 45, archivo “01ExpedienteDigitalRosembergVSColpensiones”*), por lo que se encuentran prescritas todas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 26 de abril de 2016. Si bien los días del 1° de abril de 2016 al 25 de abril de 2016 no se encuentran cobijados por el fenómeno extintivo de la prescripción, no puede modificarse dicha condena en atención a que no fue objeto de recurso por parte del demandante, en consecuencia, se confirmará la sentencia en dicho aspecto.

**- Sobre los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993**

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 prevé que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales son procedentes los intereses moratorios a la tasa máxima vigente certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia. Para que sean procedentes se requiere que a la fecha en que el afiliado solicite la pensión de invalidez, vejez o sobrevivencia cuente con los requisitos para acceder a la prestación económica.

La Corte Suprema de Justicia ha determinado que los mismos son resarcitorios y no sancionatorios y proceden sin importar si hubo buena o mala fe por parte de la administradora de pensiones (SL 1681 de 2020, SL3106 de 2022, SL 2408 de 2022 y SL 2257 de 2022 y SL 780 de 2022 entre otras). La misma Corporación de cierre ha determinado que de forma excepcional no procede su condena cuando, por ejemplo, el reconocimiento pensional se efectúa con ocasión de un cambio jurisprudencial efectuado con posterioridad a la reclamación (SL787 de 2013, SL4599-2019 y SL-2414 de 2020, entre otras).

También el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha determinado que los referidos intereses moratorios

aplican a todo tipo de pensiones legales, reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (SL1681-2020, SL205-2022, SL945-2022, entre otras).

En el presente asunto **COLPENSIONES** negó la pensión vejez argumentando una incompatibilidad de prestaciones a cargo del erario, argumento que resulta injustificado e insuficiente para aplicar la regla excepcional citada, lo que conlleva a que los mismos sean procedentes por la demora en el pago de las mesadas pensionales reconocidas.

En efecto, de acuerdo con el precedente judicial los intereses moratorios resultan procedentes sin importar que la pensión sea reconocida en virtud del régimen de transición. Aunque la sentencia C- 601 de 2000 proferida por la Corte Constitucional indicó que los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 operan hacia el futuro, ello es en virtud de aquellas pensiones que se causen con posterioridad a la entrada en vigencia dicha norma y como se explicó anteriormente, el status pensional el demandante lo cumplió el 17 de junio de 2007.

Al haber prosperado el fenómeno extintivo de la prescripción de forma parcial, la condena por intereses moratorios debe recaer sobre aquellas mesadas no prescritas y a partir de su exigibilidad. En este caso, la mesada de abril de 2016 se debió pagar a partir del 1° de mayo de 2016 y la de mayo de 2016 el 1° de junio de 2016 y así sucesivamente, motivo por el cual se modificará el alcance de la condena.

Por otra parte, resulta acertada la decisión de primera instancia al autorizar a la accionada para que del retroactivo adeudado descuente el porcentaje de cotización que corresponda, con destino al sistema de seguridad social en salud, conforme los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994, tal y como ha señalado

la H. CSJ en las sentencias SL2557-2020, y SL5181 de 2020, entre otras.

Sin costas en esta instancia.

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

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** los ordinales Cuarto, Quinto y Sexto de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a pagar a **ROSEMBERG PEÑA OLARTE** el retroactivo pensional por las mesadas causadas desde el 26 de abril de 2016 y hasta la fecha en que se haga efectivo el pago de la prestación y su inclusión en nómina, sobre 14 mesadas anuales. Se autoriza a **COLPENSIONES** para que del retroactivo pensional realice los descuentos con destino al sistema de seguridad social en salud, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el ordinal séptimo de la sentencia de primera instancia y en su lugar **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a pagar a **ROSEMBERG PEÑA OLARTE** los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre cada una de las mesadas pensionales adeudadas a partir del 1° de mayo de 2016 y hasta cuando se haga efectivo el pago de la prestación económica, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

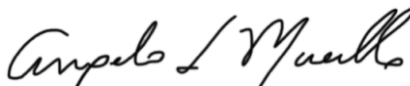
**TERCERO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.

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

**QUINTO: SIN COSTAS** en segunda instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada. Con salvamento de voto

  
**CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**SALVAMENTO DE VOTO:**

DEMANDANTE: ROSEMBERG PEÑA

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.

RADICACIÓN: 11001 31 05 014 2019 00312 01

A continuación, se exponen las razones por las que se presenta salvamento de voto:

La Ley 100 de 1.993 estableció el sistema de seguridad social integral conformado: por los regímenes generales de pensiones, salud, riesgos profesionales y los servicios sociales complementarios, sujetos, entre otros, a los principios de integralidad y unidad (arts. 1°, 2° y 8°).

El artículo 11 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 1 de la 797 de 2003, indicó que el Sistema General de Pensiones consagrado en dicha ley se aplicara a todos los habitantes del territorio nacional para quienes a la fecha de la vigencia de la Ley no hubieren cumplido los requisitos para acceder a una pensión o se encuentren pensionados por jubilación, vejez, invalidez, sustitución o sobrevivientes de los sectores público, oficial, semioficial en todos los órdenes del régimen de prima media y del sector privado en general.

Lo anterior, en razón a que dicha norma respetó los derechos adquiridos.

A su vez, el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en su literal j), señala que ningún afiliado podrá recibir simultáneamente pensiones de invalidez y de vejez, entendiéndose estas de origen común.

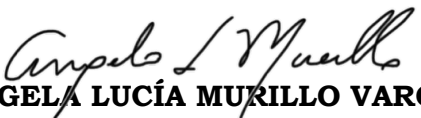
Ahora respecto de la pretensión solicitada por la demandante que es la pensión de vejez consagrada en el Acuerdo 049 de 1990 en virtud del régimen de transición consagrado en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, es de señalar que esta es una prestación que cubre el mismo riesgo de la pensión de jubilación que le otorgó el Fondo Nacional de Prestaciones Sociales del Magisterio, por lo que se advierte la improcedencia de la pretensión, pues debe recordarse que la finalidad de las pensiones antes mencionadas es la de cubrir la contingencia de la vejez.

De tal manera que no hay lugar a la compatibilidad solicitada de la pensión de jubilación consagrada para los docentes y la pensión de vejez de la Ley 100 de 1993, en razón a que los dos tipos de prestaciones cubren el mismo riesgo que es de vejez. Recuérdese que el objetivo de la Ley 100 de 1993 es precisamente unificar o integrar los recursos de prima media para cubrir las contingencias de sus afiliados y unificar las prestaciones de los afiliados.

Adicionalmente, también es aplicable la Ley 549 de 1999, en su artículo 17 inciso 4°, que establece que todos los tiempos laborados o cotizados serán utilizados para

financiar la pensión y si no se tienen en cuenta para el reconocimiento se deben trasladar a la entidad que reconoció la pensión porque son necesarios para financiar la pensión de jubilación, de tal manera que no se derivan diversas pensiones por cada uno de los riesgos máxime cuando existe la incompatibilidad legal ya reseñada

Por lo anterior, se considera que el reconocimiento de diversas pensiones que cubren el mismo riesgo de origen común vulnera los principios del servicio público esencial de seguridad social en especial los de eficiencia e integralidad, principios consagrados en el artículo 2 de la Ley 100 de 1993, aunado a que existe una incompatibilidad legal entre la pensión de jubilación y la pensión de vejez, y, en consecuencia, se debió revocar la sentencia de primera instancia.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No.19 2016 00645 01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia proferida el 16 de junio de 2022 por el Juzgado Segundo (2º) Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá, mediante la cual condenó a **COLPENSIONES** a pagar al demandante **SARQUIS GERARDO CORREA LIZARAZO** la suma de \$59.762.664 por retroactivo de la pensión de invalidez causado entre el 26 de octubre de 2010 hasta el 31 de julio de 2016, intereses moratorios a partir del 21 de agosto de 2016 y costas procesales en cuantía de un SMLMV (*min. 30:42, archivo "17Parte1Audiencia16Junio2022Art80"*).

**I. ANTECEDENTES**

**DEMANDA**

**SARQUIS GERARDO CORREA LIZARAZO** llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** con el fin de que se le reconozca y pague el retroactivo de la pensión de invalidez de origen común a partir del 04 de agosto de 2009 hasta el 31 de julio de 2016, intereses moratorios y costas procesales.

Como fundamento fáctico indicó que estuvo afiliado al ISS para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, entidad que mediante dictamen de

fecha 10 de julio de 2012 le calificó una PCL del 60.50% estructurada el 04 de agosto de 2009; que cotizó más de 50 semanas en los últimos 3 años anteriores a la fecha de estructuración; que **COLPENSIONES** mediante Resolución GNR237244 del 11 de agosto de 2016 le reconoció pensión de invalidez a partir del 1° de agosto de 2016, contra la cual interpuso recurso de reposición y en subsidio de apelación, acto administrativo que fue confirmado en Resolución GNR293025 del 04 de octubre de 2016 (pág. 1 a 4, archivo “SubsanaciónDemanda”, subcarpeta “07 CD SubsanaciónDemanda(fl 27)”, carpeta “01JuzgadoOrigen”).

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Expresó que todos los hechos eran ciertos y formuló como previa la excepción de falta de competencia y jurisdicción – cosa juzgada y como de mérito *inexistencia de la obligación*, *inexistencia de intereses moratorios*, *buena fe*, *prescripción* y la *innominada o genérica* (pág. 1 a 8, archivo “10ContestacionColpensiones (fls 31 a 38)”, carpeta “01JuzgadoOrigen”).

### II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 30:42 archivo “17Parte1Audiencia16Junio2022Art80”)

El 16 de junio de 2022, el Juzgado Segundo (2°) Laboral Transitorio del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

**(...) PRIMERO:** DECLARAR que al demandante SARQUIS GERARDO CORREA LIZARAZO le asiste derecho a la reliquidación de su pensión de invalidez respecto del retroactivo pensional a partir del 26 de octubre de 2010 hasta el 31 de julio de 2016 en cuantía inicial de \$674.263 como mesada primera con los reajustes anuales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. **SEGUNDO:** CONDENAR a la demandada AMDINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar en favor de SARQUIS GERARDO CORREA LIZARAZO la suma única de \$59.762.664 por concepto de retroactivo pensional a partir del 26 de octubre de 2010 y hasta el 31 de julio de 2016 el cual se calculó a razón de 14 mesadas anuales con base en la liquidación que hace parte integral de esta providencia y del que se autoriza a Colpensiones a descontar lo ateniende a los aportes a seguridad social en salud **TERCERO:** CONDENAR a la AMDINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a reconocer y pagar en favor del demandante SARQUIS GERARDO CORREA LIZARAZO los intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre el retroactivo pensional calculados a partir del 21 de agosto de 2016

*sobre cada una de las mesadas pensionales que hacen parte del retroactivo pensional y hasta tanto se verifique su pago de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia. **CUARTO:** ABSOLVER a la demandada COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra conforme lo indicado. **QUINTO:** DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas por la demandada en especial la de cosa juzgada y la de prescripción de conformidad con lo anteriormente indicado. **SEXTO:** CONDENAR en costas a la demandada y para ello se deberán liquidar en secretaria, incluyendo la suma de un SMLMV como agencias en derecho. **SÉPTIMO:** CONSULTAR esta decisión con la sala de Decisión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá en el evento de no ser apelada por parte de Colpensiones (...).*

El Juzgado fijó como problema jurídico determinar si había lugar a reconocer y pagar el retroactivo pensional al demandante partir de la fecha de estructuración de la invalidez, junto con intereses moratorios y lo correspondiente a la excepción de la cosa juzgada.

Para resolver la Juez indicó que en el presente proceso no prosperaba la excepción de cosa juzgada frente al proceso tramitado ante el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Barranquilla, pues si bien existía identidad de partes, en dicho proceso se pretendía el reconocimiento de la pensión de invalidez, mientras que en el presente asunto la controversia gira entorno al reconocimiento del retroactivo pensional.

Manifestó que el actor fue calificado mediante el Dictamen No. 5077 del 02 de septiembre de 2010, proferido por el ISS, en el cual se le determinó una PCL del 60.55% estructurada el 04 de agosto de 2009, y que COLPENSIONES le reconoció la pensión de invalidez a partir del 1° de agosto de 2016 a corte de nómina, argumento que resultaba insuficiente para negar el retroactivo pensional, conforme certificación emitida por SALUDCOOP donde la última incapacidad del demandante fue del 26 de octubre de 2010 y en el plenario no obra documento alguno que acredite que haya cobrado incapacidades con posterioridad, por lo que concluyó que debía reconocerse el retroactivo pensional a partir del 26 de octubre de 2010 hasta el 31 de julio de 2016, junto con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 21 de agosto de 2016 y hasta cuando se verifique el pago de las mesadas pensionales.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Adujo que el demandante percibió un subsidio por incapacidad temporal y no se tiene certeza de la fecha de terminación, toda vez que la incapacidad allegada tiene como fecha de expedición el 27 de agosto de 2010, sin que se haya allegado certificación que dé certeza de cuando se terminó dicha incapacidad, por lo que considera que no hay lugar a la condena, atendiendo además que operó el fenómeno extintivo de la prescripción; señaló que según la Resolución GNR293025 del 04 de octubre de 2016 se encuentra fallo de primera instancia proferido por el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito de Barranquilla y del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla donde se absolvió a COLPENSIONES de pretensiones similares a las planteadas en el presente proceso; y finalmente que esa entidad no ha dejado de pagar la pensión reconocida, por lo que no hay lugar a reconocer y pagar intereses moratorios ni condena en costas (*min. 33:27, archivo “17Parte1Audiencia16Junio2022Art80”*).

### IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

### V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder al doctor Elkin Fabian Castillo Cruz, identificado con CC 80.282.676 y T.P 261.451 del C.S.J, a quien se reconoce como abogado de dicha parte, y en su escrito de alegatos solicitó se revoque el fallo de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en la alzada. La parte actora no presentó escrito de intervención.

## VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66<sup>a</sup> y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados en el recurso de apelación y, los que no, en el grado jurisdiccional de consulta.

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si en el presente proceso se configuró la excepción de cosa juzgada; en caso contrario, estudiar si el demandante tiene derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional, intereses moratorios y costas procesales, conforme lo planteado en el recurso de apelación y los requisitos legales y jurisprudenciales para ello.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no existe controversia en que: **i) SARQUIS GERARDO CORREA LIZARAZO** nació el 08 de marzo de 1952 (*pág. 1, archivo “04 AnexosDda (fls 06 a 24)” carpeta 01JuzgadoOrigen*); **ii)** el ISS mediante dictamen No.5077 del 02 de septiembre de 2010 calificó al demandante con una PCL del 60.50% con fecha de estructuración el 04 de agosto de 2009 (*pág. 10 y 11 archivo “DF124E6A-B2BQ-4C3C-B3D2-5C4BA7801559” carpeta 01JuzgadoOrigen*); **iii)** el accionante cotizó en toda su vida laboral un total de 868,58 semanas, de las cuales 60 fueron cotizadas en los últimos 3 años anteriores a la estructuración de la invalidez (*pág. 1 a 2, archivo “11SemanasCotizadas (fls 39 a 40)” carpeta 01JuzgadoOrigen*); **iv) SARQUIS GERARDO CORREA LIZARAZO** le solicitó a **COLPENSIONES** la pensión de invalidez el 20 de abril de 2016 (*pág. 4 a 5, archivo “04 AnexosDda (fls 06 a 24)” carpeta 01JuzgadoOrigen*), entidad que mediante Resolución GNR237244 del 11 de agosto de 2016 le reconoció la prestación en cuantía de \$833.992 a partir del 1° de agosto de 2016 (*pág. 7 a 9, archivo “04 AnexosDda (fls 06 a 24)” carpeta 01JuzgadoOrigen*); **v)** contra esa decisión el demandante interpuso recurso de reposición en subsidio apelación el 17 de junio de 2016 (*pág. 10 y 11, archivo “04 AnexosDda (fls 06 a 24)” carpeta*

01JuzgadoOrigen), y **COLPENSIONES** mediante Resolución GNR293025 del 04 de octubre de 2016 confirmó en todas y cada una de sus partes el acto administrativo inicial, (pág. 13 a 19 archivo "04 AnexosDda (fls 06 a 24)" carpeta 01JuzgadoOrigen).

- **Sobre la diferencia entre la mora del empleador y la falta de afiliación en el Sistema General de Pensiones.**

El artículo 22 de la Ley 100 de 1993, señala que el empleador es responsable del pago del aporte al Sistema General de Pensiones, tanto en el porcentaje a su cargo como del porcentaje del trabajador, motivo por el cual la Ley lo faculta para descontar del salario el valor total de la cotización y trasladar dicha suma a la administradora de pensiones que corresponda, señalando que el empleador responderá por la totalidad del aporte cuando no realicé su descuento. Por su parte, el artículo 24 de la misma Ley, faculta a las administradoras de pensiones para adelantar las acciones de cobro ante el incumplimiento del empleador de pagar los aportes.

Considerando la responsabilidad del empleador y la facultad de cobro de las administradoras de pensiones, la H. CSJ sostiene, de forma pacífica y reiterada, que el trabajador dependiente no debe asumir las consecuencias del incumplimiento del empleador en el pago de aportes, debiendo la administradora de pensiones considerar los periodos en mora como sanción por no ejercer las acciones de cobro, siempre y cuando se acredite una afiliación y un vínculo laboral válidos, porque solo con la efectiva prestación personal del servicio del trabajador se generan las cotizaciones, tal y como se ha señalado en las sentencias SL5607 de 2019, SL4295 de 2021, SL1116 de 2022, entre otras.

Así las cosas, la mora del empleador en el pago de aportes, conlleva que la administradora de pensiones deba considerar los periodos en mora como sanción por no ejercer las acciones de cobro, siempre y cuando haya una afiliación válida del trabajador y no exista duda de la prestación personal del servicio. Los anteriores requisitos permiten diferenciar la mora del empleador con la ausencia de afiliación, último evento en cual el empleador omite afiliar a su trabajador dependiente, lo cual impide a

la administradora conocer la existencia de la relación laboral y el subsecuente ejercicio de las acciones de cobro.

- **Sobre la pensión de invalidez bajo los postulados de la Ley 860 de 2003.**

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

Los artículos 38 y 69 de la Ley 100 de 1993, establecen la pensión de invalidez en el Sistema General de Pensiones. Los requisitos para acceder a dicha prestación, que aplican en ambos regímenes pensionales y que están consagrados en el artículo 39 *ibidem*, fueron modificados por la Ley 860 de 2003, la cual establece que el afiliado debe acreditar un 50% de pérdida de capacidad laboral y haber cotizado un mínimo de 50 semanas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez.

- **Sobre los aportes sufragados mediante cálculo actuarial con posterioridad a la estructuración de la invalidez.**

La H. Corte Suprema de Justicia ha establecido que en casos en los cuales se presenta omisión de la afiliación por parte del empleador, trae como consecuencia que éste asuma todas las prestaciones derivadas de tales riesgos durante el periodo de desprotección, por lo que frente a la administradora de pensiones no se puede endilgar responsabilidad por el no cobro de aportes por cuanto, al no haber afiliación no existe la mora (SL1342-2019 y SL4698 de 2020).

La misma Corporación ha establecido que ante la falta de afiliación del trabajador es deber de las AFP tener en cuenta el tiempo servido cuando el empleador ha pagado el cálculo actuarial a satisfacción de la administradora de pensiones (SL9856 de 2014, SL16715 de 2014, SL17300 de 2014, SL2731 de 2015 y SL4698 de 2020), sin embargo, esta

regla sólo es aplicable a en relación con el reconocimiento de pensiones de vejez y/o jubilación, pues corresponde a un derecho en formación el cual se consolida a través del tiempo, durante el cual el afiliado debe acreditar un número mínimo de semanas, pero tratándose de pensiones de invalidez y sobrevivientes las mismas tienen sus propias características que difieren de las prestaciones derivadas del riesgo de vejez por cuanto exigen una fecha de causación cierta atada al riesgo incierto de la muerte o la invalidez y, por lo tanto, los aportes realizados mediante cálculo actuarial con posterioridad a la ocurrencia del siniestro no tiene efectos vinculantes para la AFP (SL21506-2017 y SL4698 de 2020).

### **CASO CONCRETO**

El artículo 303 del CGP asigna el efecto de cosa juzgada a las decisiones que se han pronunciado sobre el mismo objeto (frente a iguales pretensiones), por los mismos hechos (la misma causa), cuando existe identidad jurídica entre las partes. Esta figura fue instituida con el fin de evitar la adopción de decisiones judiciales que implicarían una nueva revisión de asuntos ya resueltos de fondo por la jurisdicción.

Teniendo en cuenta el anterior referente normativo y una vez revisado el expediente, la Sala concluye que en el presente asunto no operó el fenómeno jurídico de cosa juzgada. En efecto, obra en el expediente constancia del proceso con radicado 08001310500720110036900 tramitado ante el Juzgado Séptimo (7°) Laboral del Circuito Barranquilla donde el actor presentó demanda ordinaria laboral en contra del ISS hoy COLPENSIONES solicitando el reconocimiento de la pensión de invalidez bajo los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990. La citada sede judicial en sentencia del 21 de octubre de 2011 absolvió al ISS, decisión confirmada por la Sala de Descongestión Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Barranquilla en providencia del 30 de noviembre de 2012 (*pág. 4, archivo “23 CertEstProceso (fl 63 a 66)” carpeta 01JuzgadoOrigen y (pág. 39 a 51 archivo “09SegundaInstancia”*). Con todo, pese a existir identidad de partes frente al presente proceso, no existe identidad de objeto ya que lo

que aquí se debate es el reconocimiento del retroactivo por pensión de invalidez ya reconocida.

Resuelto lo anterior, procede la Sala a resolver la controversia sobre el retroactivo pensional de la siguiente manera:

En el caso bajo estudio no existe controversia sobre el estado de invalidez de **SARQUIS GERARDO CORREA LIZARAZO**, declarado mediante dictamen No.5077 del 02 de septiembre de 2010, donde se determinó una PCL 60.50% con fecha de estructuración el 04 de agosto de 2009, de origen común (*pág. 10 y 11 archivo “DF124E6A-B2BQ-4C3C-B3D2-5C4BA7801559” carpeta 01JuzgadoOrigen*), así como tampoco que **COLPENSIONES** en Resolución GNR237244 del 11 de agosto de 2016 le reconoció al accionante pensión de invalidez en cuantía de \$833.992 a partir del 1° de agosto de 2016 (*pág. 7 a 9, archivo “04 AnexosDda (fls 06 a 24)” carpeta 01JuzgadoOrigen*).

Ahora, tratándose de cálculo actuarial, los aportes deben ser tenidos en cuenta por la AFP para el estudio de las prestaciones derivadas del sistema de seguridad social. No obstante, para las pensiones de invalidez y sobrevivencia estos aportes únicamente pueden ser valorados si fueron sufragados con anterioridad a la ocurrencia de la muerte o la estructuración de la invalidez.

Una vez revisada la historia laboral del actor se tiene que cotizó en toda la vida laboral un total de 868,58 semanas, de las cuales aparecen 60 semanas aportadas durante los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez (*pág. 1 a 2 archivo “11SemanasCotizadas (fls 39 a 40)” carpeta 01JuzgadoOrigen*). Con esta historia laboral se logra establecer que en principio el derecho pensional se causó por las cotizaciones realizadas por el empleador LUIS EDUARDO URREGO URREGO entre el 1° de junio de 2008 al 31 de julio de 2009, periodos que fueron pagados mediante cálculo actuarial el 31 de diciembre de 2015, es decir, con posterioridad a la expedición del dictamen de PCL realizado por ISS. En esas condiciones, conforme a las reglas jurisprudenciales, dichos aportes no podían ser considerados para estudiar la pensión del afiliado.

Pese a lo anterior, en el presente asunto no fue objeto de debate el derecho pensional, sino el retroactivo por la prestación ya reconocida por

parte de **COLPENSIONES**, por lo que no puede esta Corporación pronunciarse sobre la causación de la prestación pese a que, como se advirtió, al haberse realizado cotizaciones mediante la figura del cálculo actuarial con posterioridad a la expedición el dictamen de PCL, no había lugar al reconocimiento de la pensión de invalidez.

Sobre la irregularidad del derecho pensional, **COLPENSIONES** mediante Auto de Pruebas APVPB112 del 13 de diciembre de 2016 le solicitó al demandante autorización para revocar el acto administrativo y le otorgó un mes para aportar pruebas (*pág. 1 a 4, archivo “E5F81CB4-78<sup>a</sup>6-4711-B195-F73B8A68B6C0” carpeta 01JuzgadoOrigen*).

En consecuencia, bajo las circunstancias descritas, al no estar causado el derecho pensional, para Sala es claro que no hay lugar a condenar a **COLPENSIONES** por retroactivo pensional y menos por intereses moratorios, motivo por el cual se revocará el fallo de primera instancia y, en su lugar, se absolverá a dicha entidad de las pretensiones de la demanda.

Sin costas en ambas instancias.

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

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** en su totalidad la sentencia de primera instancia proferida por el Juzgado Segundo (2°) Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá y, en su lugar, **ABSOLVER** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** de

todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en ambas instancias.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 19-2020-00394-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta de **COLPENSIONES** contra el fallo del 21 de noviembre de 2022, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos e indexado, reactivó la vinculación en el RPM y se abstuvo de condenar en costas (30:17 archivo “13VideoAudienciaFallo”).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (Pág. 8 a 25 archivo “01ExpedienteEscaneado”).**

**NUBIA ALICIA CALDAS RAMÍREZ** solicitó declarar ineficaz su traslado al RAIS, que su vinculación válida es al RPM, devolver el saldo de su CAIP, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 26 de julio de 1966, que se afilió al ISS desde el inicio de su vida laboral; que el 25 de febrero de 2000 se trasladó al RAIS mediante afiliación a **COLFONDOS S.A.**, AFP que no suministraron información clara y completa de las

características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS ya que la **DEMANDANTE** no acreditó las presuntas falencias alegadas en la demanda, por lo cual no hay mérito para acceder a las pretensiones, más aún cuando no es viable el retorno al RPM por la restricción de traslado por edad y porque ello afectaría la sostenibilidad financiera del sistema. Interpuso las excepciones de indebida aplicación del artículo 1604 CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social públicas y la genérica (archivo “02ContestacionColpensiones”).

**COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS** se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Indicó que brindó asesoría integral, suficiente, oportuna y veraz al potencial afiliado sobre las características de los regímenes pensionales y consecuencias del traslado al RAIS, tras lo cual la **DEMANDANTE** tomó la decisión libre e informada de vincularse a la AFP, sin que exista mérito para privar dicho acto de efectos jurídicos. Interpuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de prueba de causal de nulidad alguna, prescripción, buena fe, compensación y pago, saneamiento de cualquier presunta nulidad de la afiliación, ausencia de vicios del consentimiento, obligación a cargo exclusivamente de un tercero, nadie puede ir en contra de sus propios actos y la genérica (Pág. 1 a 20 archivo “03ContestacionColfondos”).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (30:17 archivo “13VideoAudienciaFallo”).

El 21 de noviembre de 2022, el Juzgado 19 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de la señora NUBIA ALICIA CALDAS RAMÍREZ, quien se identificada con la CC 39.539.040, del régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad que administra COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS, con NIT 800.149.496-2, realizado el día 25 de febrero del 2000, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión. SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculada a la demandante NUBIA ALICIA CALDAS RAMÍREZ al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES desde el 29 de agosto de 1989 hasta la actualidad, como si ella nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre ha permaneció en el régimen de prima media con prestación definida, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: CONDENAR a la AFP COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS con NIT 800.149.496-2 a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora NUBIA ALICIA CALDAS RAMÍREZ identificada con C.C. 39.539.040, como son cotizaciones, aportes adicionales, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje que está destinado al fondo de garantía de pensión mínima, junto con los rendimientos financieros causados incluidos los intereses y comisiones y sin descontar gastos de administración con destino a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, sumas que deben ser debidamente indexadas y COLPENSIONES le asiste la obligación de recibir dichas sumas. CUARTO: al momento de cumplirse la orden los conceptos deberán discriminarse con los respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen. Por lo tanto, se REQUIERE a COLPENSIONES para que proceda a actualizar la historia laboral de la parte DEMANDANTE. QUINTO: ABSOLVER a las DEMANDADAS de las demás pretensiones que han sido incoadas en su contra por las razones ya expuestas. SEXTO: sin costas en esta instancia. SÉPTIMO: De no ser apelada la presente decisión, remítase el expediente al H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral, a fin de que se surta el grado jurisdiccional de consulta. (...)”.*

La *a quo* fijó como problema jurídico establecer si el traslado del RPM al RAIS es ineficaz y la procedencia de las demás pretensiones.

Para resolver indicó que desde su creación las AFP tienen el deber de brindar información suficiente al potencial afiliado que le permita escoger la opción del mercado que mejor se ajuste a sus

intereses, presupuesto sin el cual no hay libertad de selección de régimen pensional, sin que **COLFONDOS S.A.** acredite el cumplimiento de dicho deber, por lo cual accedió a las pretensiones.

### III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Indicó que la **DEMANDANTE** ejerció su libertad de selección de régimen pensional sin presión ni coacción, acto que no causó perjuicios porque la afiliada solo tenía una mera expectativa pensional sin que fuera posible conocer el valor de su pensión por la variación del IBC a lo largo del tiempo, además pudo retornar al RPM conforme la Ley 797 de 2003, pero nunca requirió dicho cambio antes de la restricción de traslado por edad, en todo caso, como consumidora del Sistema General de Pensiones tiene deberes, ya que el Decreto 2241 de 2010 establece la obligación del afiliado de informarse de las condiciones del Sistema de Pensiones, pero la **DEMANDANTE** nunca solicitó asesoría a las **DEMANDADAS**, por tanto, el silencio se debe interpretar como la aceptación tácita de pertenecer al RAIS conforme el artículo 1754 CC (32:53 archivo “13VideoAudienciaFallo”).

### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Lilian Patricia García González, identificada con CC 52.199.648 y TP 187.952 del CSJ, a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, quien solicitó revocar el fallo conforme las suplicas planteadas en su recurso de apelación. Agotado el término, los apoderados de las otras partes no presentaron alegatos.

### V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a **COLPENSIONES**, su calidad de administradora de pensiones de derecho público permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto,

procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

## VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación con **COLFONDOS S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* conforme la historia laboral expedida por **COLPENSIONES**, la demandante **NUBIA ALICIA CALDAS RAMÍREZ** nació el 26 de julio de 1966 y se afilió al extinto ISS del 29 de agosto de 1989 al 29 de febrero de 2000, cotizando 382,29 semanas (archivo “04HistoriaLaboralColpensiones”); *ii)* la demandada **COLFONDOS S.A.**, si bien no aceptó los hechos de la demanda, indicó en su contestación que la **DEMANDANTE** es su actual afiliada (Pág. 1 a 20 archivo “03ContestacionColfondos”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos e indexado, reactivó la vinculación en el RPM y se abstuvo de condenar en costas. Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Sobre este último aspecto, esa Corporación reiteró, en la sentencia SL2173 de 2022, que no es cierto que para declarar la ineficacia del traslado de régimen el afiliado deba tener una especie de expectativa pensional, o sea beneficiario del régimen de transición o

que tenga o no el derecho pensional causado, pues en todos los casos las AFP conservan la obligación de dar cumplimiento al deber de información.

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

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

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

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE, COLFONDOS S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque ni siquiera allegó el formulario de afiliación y, en todo caso, la firma de éste por el afiliado no la exime de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de la precitada

obligación al momento del traslado de régimen pensional o posterior traslado de AFP.

De otra parte, el **DEMANDANTE** en su interrogatorio reconoció en que consiste el bono pensional, no obstante, aclaró que no recibió asesoría oportuna sobre las características comparativas de cada régimen y que inclusive los asesores de **COLFONDOS S.A.** la invitaron a presentar demanda reclamando la ineficacia del traslado al RAIS, manifestación que no beneficia a las **DEMANDADAS** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

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

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

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual

del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la **AFP DEMANDADA** debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se modificará el alcance de la condena.

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

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

Respecto la excepción de prescripción propuesta por las **DEMANDADAS**, en las sentencias SL1421 de 2019, SL4062 de 2021, y SL1942 de 2022, entre otras, la H. CSJ señaló la inoperancia de este

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

Sin costas en esta instancia.

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

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

### **RESUELVE**

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

**SEGUNDO: REVOCAR** el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, salvo la **ORDEN** a **COLPENSIONES** de actualizar la historial laboral de la **DEMANDANTE**, la cual se mantiene incólume.

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

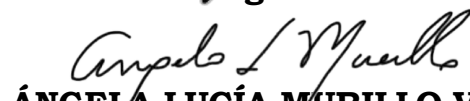
**CUARTO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.

**QUINTO: SIN COSTAS** en esta instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada. Con aclaración de voto

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: NUBIA ALICIA CALDAS RAMIREZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 019 2020 00394 01

## **MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

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

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

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

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 20-2020-00040-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación del **DEMANDANTE** contra el fallo del 27 de mayo de 2021, que absolvió de las pretensiones y condenó en costas al **DEMANDANTE** (52:55 archivo “5 AUDIENCIA 27052021 PARTE 2”).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (Pág. 73 a 84 archivo “1 EXPEDIENTE DIGITALIZADO”).**

**JEFFERSON ALFREDO MARTÍNEZ** solicitó declarar un contrato de trabajo a término fijo del 16 de mayo de 2016 al 27 de julio de 2017 que finalizó sin justa causa y condenar a pagar prestaciones sociales, vacaciones, auxilio de transporte, indemnización por despido, indemnización moratoria, intereses moratorios o indexación, condenas ultra o extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que el 19 de febrero de 2016, empezó a trabajar con contrato verbal en el edificio NEOS VITTRA porque **PH SERVICES S.A.S.** le ofreció el cargo de botones en hotel de 5 estrellas pero el representante legal de dicha sociedad le informó que por petición del edificio sería vinculado como vigilante, por lo cual no

firmó el contrato, pero se le aseguró que dicha tarea sería temporal y por ello aceptó y tras 87 días, el 16 de mayo de 2016 el representante de **NEOS GROUP S.A.S.** lo contrató por escrito como conserje y recepcionista, lo que dejó sin efectos el contrato como guardia, siendo contratado por **PH SERVICE S.A.S.** con contrato a término fijo por 01 año, pero por sus labores sobrepasó las funciones de conserje, pues no solo hizo mantenimiento al edificio e instalaciones sino también asistió a reuniones de Consejo, llamó proveedores, coordinó el funcionamiento íntegro del edificio, llevó y trajo correspondencia de la administración, recoger cheques y hacer diligencias personales de DANIEL ERNESTO SOSA VARON relativas a su apartamento en Girardot, quien era representante legal de **PH SERVICES S.A.S.** y actuó como su jefe inmediato y también como mandante de la administración (administrador) del edificio NEOS VITTRA, en un horario de lunes a viernes de 6am a 4pm, siendo modificado luego de 10am a 7pm, con 09 horas laborales y 01 hora de almuerzo, con una asignación de \$1.010.000. Aseguró que el 27 de julio de 2017 fue despedido verbalmente sin causa alguna, cuando su jefe inmediato informó que el consejo de administración en sesión del día anterior solicitó su cabeza sin dar mayor explicación, tras lo cual se le encargo consignar un cheque, ante lo cual solicitó que una vez realizada dicha tarea se pagara la indemnización de los 10 meses faltantes para cumplir el plazo del contrato, pero al volver el guarda de seguridad del edificio recibió la orden de no dejarlo entrar. Al día siguiente el 28 de julio de 2017, recibió citación a descargos por presunto abandono del puesto, alegando DANIEL SOSA que jamás le canceló el contrato y señaló que el trabajador abandonó el cargo sin razón. Aseguró que no le pagaron acreencias laborales y prestacionales ni las indemnizaciones reclamadas; que el 17 de agosto de 2017, citó a los **DEMANDADOS** a conciliación ante el MINISTERIO DE TRABAJO y estos no asistieron.

#### • **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

El **EDIFICIO NEOS VITTRA P.H.** se opuso a las pretensiones. Aceptó como ciertos los hechos relativos el contrato de trabajo suscrito

el 16 de mayo de 2016 con **P.H. SERVICES S.A.S.**, quien actuó como administradora de la propiedad horizontal. Alegó que no fue empleadora del **DEMANDANTE** porque éste se vinculó laboralmente con **P.H. SERVICES S.A.S.**, por lo cual no le asiste responsabilidad en las pretensiones reclamadas, más aún cuando no se reúnen los elementos esenciales del contrato de trabajo frente la propiedad horizontal, por cuanto si bien se efectuó actividad personal en el edificio, las mismas eran para cumplir el contrato suscrito con la sociedad administradora, quien fue un tercero especializado en la actividad de administración inmobiliaria, siendo **P.H. SERVICES S.A.S.** libre de seleccionar y contratar bajo su cuenta y riesgo el personal necesario para cumplir a buen término la administración. Interpuso las excepciones de inexistencia de vínculo laboral con el **DEMANDANTE**, cobro de lo no debido por inexistencia de vínculo laboral, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción y la genérica (Pág. 135 a 144 archivo “1 EXPEDIENTE DIGITALIZADO”).

**PH SERVICES S.A.S.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la suscripción del contrato de trabajo a término fijo para el cargo de conserje, el jefe inmediato, la jornada de 8 horas diarias y 48 semanales. Indicó que antes del 16 de mayo de 2016 el **DEMANDANTE** no prestó ningún servicio al **EDIFICIO NEOS VITTRA P.H.**, que el cargo que ofreció desde el principio fue recepcionista y/o conserje, tal como quedo estipulado en el contrato de trabajo del 16 de mayo de 2016, siendo su lugar de trabajo el Edificio, sin que hubiera ejercido como vigilante de dicha propiedad horizontal porque ese servicio lo presta una empresa de vigilancia y seguridad privada legalmente reconocida. La tarea de conserje recepcionista se limitó a recibir los visitantes del edificio y guiarlos al destino, tomar y registrar llamadas, entrega personalizada de correspondencia a los residentes, tomar las solicitudes de los residentes y dar respuesta de las mismas, contestar y dar solución a los requerimientos de los residentes, acompañar a los contratista durante su permanencia en el edificio y prestar colaboración cuando tengan que intervenir áreas comunes, verificar la identidad de las personas que acceden o salen del edificio

y garantizar que las salidas de emergencia permanezcan libres de obstáculos, sin que la labor de mantenimiento de la propiedad fuera prestada por el **DEMANDANTE** sino por la empresa SERVIASEO S.A. y sin superar una jornada laboral de 8 horas diarias y 48 semanales, siendo el último salario de \$1.080.700 más auxilio de transporte, siendo su jefe inmediato DANIEL ERNESTO SOSA VARÓN, representante de la sociedad empleadora administradora del edificio.

Afirmó que el 27 de julio de 2017, su jefe inmediato informó que el Consejo de Administración del edificio consideró innecesaria la figura del conserje y decidió reorganizar en los próximos meses la responsabilidad de la recepción en cabeza únicamente de la empresa de vigilancia, por lo cual indicó al **DEMANDANTE** que si el Consejo decidía definitivamente eliminar la figura del conserje debían llegar a un acuerdo sobre la terminación de su contrato de trabajo por la imposibilidad de reubicación; que no tuvo una reunión privada con el trabajador ni le ordenó ir a cambiar un cheque, ni dio la orden al guardia de seguridad de turno de impedir su acceso, al punto que hay registro de que a las 12:05pm el **DEMANDANTE** entregó elementos a su cargo, lo cual era imposible si no hubiera tenido acceso al edificio.

Aseveró que por correo del 1º de agosto de 2017, comunicó la decisión de terminar unilateralmente con justa causa el contrato a partir del 31 de julio de 2017, advirtiéndole que el 28 de julio de 2017, el jefe inmediato envió correo electrónico al **DEMANDANTE** ratificando que el contrato seguía vigente y que no había justificación para que se ausentara de su cargo desde el 27 de julio de 2017, el cual contestó el trabajador con imputaciones injuriosas llamando a su jefe tramposo y mentiroso, por lo cual ese mismo día a las 11:31am envió citación a descargos para el 31 de julio de 2017, identificando las conductas imputadas y con traslado de las pruebas, pero el **DEMANDANTE** no se hizo presente ni presentó excusa de su inasistencia, por tanto, una vez finalizado el contrato de trabajo, canceló mediante transferencia electrónica la liquidación final del contrato, siendo que las cesantías del 2016 fueron entregadas para mejora de vivienda, por lo cual no

hay mérito para impartir condena. Interpuso las excepciones de temeridad y mala fe, prescripción, inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido (Pág. 165 a 176 archivo “1 EXPEDIENTE DIGITALIZADO”)

**NEOS GROUP S.A.S. EN REORGANIZACIÓN** se opuso a las pretensiones. No aceptó ningún hecho. Manifestó no conocer al **DEMANDANTE** porque nunca celebró contrato con él, como tampoco relación alguna con el **EDIFICIO NEOS VITTRA P.H.** ni sobre los supuestos actos de **PH SERVICES S.A.S.** Interpuso las excepciones de falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido (Pág. 266 a 272 archivo “1 EXPEDIENTE DIGITALIZADO”).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (52:55 archivo “5 AUDIENCIA 27052021 PARTE 2”).**

El 27 de mayo de 2021, el Juzgado 20 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) PRIMERO: ABSOLVER a los demandados NEOS GROUP SAS, PH SERVICES SAS y EDIFICIO NEO VITRA de las pretensiones incoadas en su contra por el señor JEFFERSON ALFREDO MARTINEZ CORSO, identificado con cedula de ciudadanía No. 80.068.801, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte vencida en juicio, es decir, al DEMANDANTE y a favor de las demandadas NEOS GROUP SAS, PH SERVICES SAS y EDIFICIO NEO VITRA PH. Tásense por Secretaría, incluyendo como agencias en derecho el equivalente a 1 SMLMV a favor de las partes en cuota. TERCERO: De no ser apelada la presente decisión, remítase al Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral, para que sea revisada en su integridad a través del grado Jurisdiccional de Consulta, lo anterior en tanto la decisión fue completamente adversa a los intereses del trabajador demandante. (...)”.*

La *a quo* fijó como problema jurídico determinar si existió el vínculo laboral entre las partes y si este finalizó de forma unilateral sin justa causa, para establecer la procedencia de las pretensiones.

Como fundamento de su decisión indicó que **PH SERVICES S.A.S.** aceptó la existencia del contrato de trabajo a término fijo por el periodo reclamado en la pretensión 1ª de la demanda, frente a la forma

de terminación, alegó que el **DEMANDANTE** no logró acreditar el despido en los términos reclamados, por el contrario, se acreditó que hubo un disgusto pero que el representante de **PH SERVICES S.A.S.** le envió un correo expresando claramente que el contrato no había finalizado y que el trabajador debía presentarse a laborar, lo cual no hizo, por lo cual se le citó a descargos, a los cuales no asistió, así mismo, los correos evidencian la forma en que el **DEMANDANTE** se refirió al representante legal de la sociedad empleador, por lo que las circunstancias indicadas en la carta de terminación con justa causa fueron probadas por la empresa y negó la indemnización por despido, de otra parte, señaló que **PH SERVICES S.A.S.** acreditó que al día siguiente a la terminación pagó la liquidación final del contrato de trabajo, por lo cual no existe saldo pendiente de pago y no se generó la indemnización moratoria, por último, indicó que no se solicitó solidaridad respecto las otras **DEMANDADAS** y en todo caso no hay condena que compartir. Condenó en costas al **DEMANDANTE**.

### III. RECURSO DE APELACIÓN.

El **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones. Alegó que no se tuvo en cuenta aspectos sustanciales y relevantes de las pruebas, porque el Juez reconoció que no fue clara la causa del despido y el trabajador se fue de la copropiedad por orden directa de DANIEL SOSA, hecho que no descarta la solidaridad, por ende no hubo abandono sino una orden de salir y luego se impidió el ingreso al trabajador, lo cual se puede prever en los correos, reaccionando el trabajador a la acusación de abandono al ser un acto de quien aprovechó su dominio para dar una orden y luego alegarla como justa causa. Afirmó que hay confusión entre la personalidad jurídica de **PH SERVICES S.A.S.** y **EDIFICIO NEOS VITTRA P.H.** al punto que la citación a descargos y despido son firmados como administrador del edificio y no empleador y hay solidaridad conforme la sentencia C-314 de 2016 entre la empresa empleador y el beneficiario del servicio y si bien no se solicitó dicha solidaridad, no se puede decir que no exista porque ello es incongruente con las pruebas. Aseguró que el Juez desconoció que DANIEL SOSA obedeció la orden

del Consejo del Edificio y ello generó una disputa con el trabajador, quien lo llamo mentiroso sin que por eso haya incurrido en justa causa, siendo evidente que todos aceptaron que hubo una terminación injustificada pero se pretende cargar la prueba contra el trabajador. De otra parte, indicó que presentó 02 demandas pero retiró una de ellas y que al momento de dar alegatos iba a señalar que no había responsabilidad alguna de **NEOS GROUP S.A.S. EN REORGANIZACIÓN**, pero no lo pudo hacer porque se le cercenó la palabra (01:01:24 archivo “5 AUDIENCIA 27052021 PARTE 2”).

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado del artículo 15 del Decreto 806 de 2020, la apoderada del **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo reiterando los argumentos expuestos en su recurso. Por su parte, la apoderada de **PH SERVICES S.A.S.** solicitó confirmar el fallo. El apoderado de **NEOS GROUP S.A.S. EN REORGANIZACIÓN** solicitó confirmar la sentencia alegando que nada tuvo que ver con los hechos discutidos en juicio. Agotado el termino, el apoderado del **EDIFICIO NEOS VITTRA P.H.** no presentó alegatos.

#### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

Le corresponde a la Sala determinar si el **DEMANDANTE** tiene derecho a la indemnización por despido y la presunta solidaridad de las **DEMANDADAS**, conforme los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

## VII. CONSIDERACIONES

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

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación, atendiendo las siguientes consideraciones

- **Terminación del contrato de trabajo con justa causa y posibilidad del Juez de calificar la gravedad de la conducta.**

El artículo 62 CST consagra las justas causas para terminar de manera unilateral con justa causa el contrato de trabajo, por parte del trabajador o empleador. Dicha norma señala que la parte que finaliza unilateralmente el contrato debe manifestar a su contraparte la causal o motivo de dicha decisión al momento de la extinción, sin que luego pueda alegar válidamente causas o motivos distintos, prohibición que ratificó el artículo 66 *ibídem*.

En los litigios sobre la validez de la terminación del contrato de trabajo, la H. CSJ señala que al trabajador debe acreditar el despido y al empleador la justa causa invocada, como indicó en las sentencias SL4547-2018, SL986-2019, SL1680-2019, SL2805-2020, SL816-2022, SL1639-2022, entre otras.

El numeral 6 del literal a) del artículo 62 CST, establece que es justa causa para terminar el contrato la violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador conforme los artículos 58 y 60 CST o cualquier falta grave así calificada en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contrato o reglamento.

Sobre el alcance de la precitada justa causa, la H. CSJ indica que la misma contiene dos supuestos fácticos: **i)** la violación grave de las obligaciones o prohibiciones legales del trabajador, caso en que el Juez debe calificar la gravedad de la conducta; **ii)** la comisión de una

conducta que las partes previamente calificaron como grave, caso en que el Juez se limita a verificar la ocurrencia de la conducta enrostrada al trabajador. La posición de la Alta Corte ha sido reiterada en las sentencias SL Rad. 40.114 del 27 de febrero de 2013, SL499-2013, SL15245-2014, SL1920-2018, SL3883-2019, entre otras.

### **CASO EN CONCRETO.**

En el presente asunto la apoderada del **DEMANDANTE** se duele en manifestar las presuntas falencias probatorias del *a quo* que conllevaron a tener por no acreditado el despido injusto alegado en la demanda.

Sea lo primero indicar que el recurso de apelación no eleva ningún reproche contra la decisión del Juez de considerar probada la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre el **DEMANDANTE** y **PH SERVICES S.A.S.** del 16 de mayo de 2017 al 31 de julio de 2017, aspecto que no es objeto de controversia y que en virtud del principio de consonancia consagrado en el artículo 66A CPTSS no será objeto de pronunciamiento de este Tribunal.

Así las cosas, conforme los antecedentes normativos expuestos, ha sido regla jurisprudencial pacífica de la H. CSH que en los litigios sobre la validez de la terminación del contrato de trabajo **corresponde al trabajador acreditar el despido** y al empleador la justa causa invocada, tal y como ha sido señalado en las sentencias SL4547-2018, SL986-2019, SL1680-2019, SL2805-2020, SL816-2022, SL1639-2022, entre otras.

Descendiendo al caso bajo estudio, ambas partes reconocen que el trabajador recibió carta de despido por justa causa el 31 de julio de 2017 (Pág. 191 y 192 archivo “1 *EXPEDIENTE DIGITALIZADO*”), no obstante, es la parte **DEMANDANTE** quien alega que con anterioridad el trabajador fue despedido verbalmente el 27 de julio de 2017 por parte de DANIEL ERNESTO SOSA VARÓN, representante legal de **PH SERVICES S.A.S.**

Así las cosas, como es el **DEMANDANTE** quien reclamó considerar que el despido había sido efectuado el 27 de julio de 2017 y no el 31 de julio de 2017, era a dicha parte y no a otra a quien le correspondía acreditar dicha circunstancia, sin que ello constituya un gravamen al trabajador como se alegó en el recurso de apelación, sino que constituye la forma como se distribuye la carga de la prueba conforme la regla jurisprudencial de la H. CSJ.

Fue así como a la demanda se allegó copia impresa de los correos electrónicos cruzados entre el demandante **JEFFERSON ALFREDO MARTÍNEZ** con correo [jeffersoncorzo1249@gmail.com](mailto:jeffersoncorzo1249@gmail.com) y el señor DANIEL ERNESTO SOSA VARÓN, representante legal de **PH SERVICES S.A.S.** y quien a su vez ejerció como administrador del **EDIFICIO NEOS VITTRA P.H.** con correos [danielsosa@gmail.com](mailto:danielsosa@gmail.com) u [neosvittra@gmail.com](mailto:neosvittra@gmail.com) (Pág. 98 a 103 archivo “1 EXPEDIENTE DIGITALIZADO”). En cuanto los testimonios solicitados, tal prueba no se practicó porque fue desistida por la apoderada del **DEMANDANTE**, quien, si bien alegó que las empresas donde laboraban los testigos no permitieron su comparecencia, tampoco solicitó al Juez emitir boletas o proceder a la reconducción de dichos testigos.

Así las cosas, las únicas pruebas aportadas por el extremo **DEMANDANTE** para acreditar su dicho respecto el despido no son otras que las copias de los correos electrónicos, en los cuales resalta el correo electrónico del 28 de julio de 2017 a las 5:11 horas, por el cual señor DANIEL ERNESTO SOSA VARÓN indicó expresamente al **DEMANDANTE** que su contrato de trabajo estaba vigente (Pág. 102 archivo “1 EXPEDIENTE DIGITALIZADO”).

De otra parte, también llama la atención de la Sala que los correos antes citados acreditan que el **DEMANDANTE** fue citado a rendir descargos por abandono de su cargo, a lo cual éste contestó que no debía acudir a ninguna citación salvo que fuera para arreglar el despido laboral sin justa causa (Pág. 26 y 27, 190 archivo “1 EXPEDIENTE DIGITALIZADO”).

Así las cosas, las pruebas allegadas por el extremo activo de la litis no permiten acreditar, de forma contundente, la existencia del despido verbal reclamado en la demanda, por el contrario, advierten a esta Sala que la sociedad empleadora manifestó expresamente que el contrato estaba vigente e inclusive citó a descargos al trabajador por su ausentismo, cita que fue desconocida por el **DEMANDANTE**.

En consecuencia, a juicio de esta Sala, el **DEMANDANTE** no cumplió la carga de la prueba de acreditar el despido, pero inclusive, aun valorando las pruebas allegadas por las **DEMANDADAS**, tampoco es posible inferir el mismo, tal y como pasa a exponerse.

Fue así como **PH SERVICES S.A.S.** aportó copia del acta de reunión del Consejo de Administración del **EDIFICIO NEOS VITTRA P.H.** del 27 de julio de 2017, en la cual se consideró que la figura del *conserje*, cargo desempeñado por el **DEMANDANTE**, no era práctica, conminando al administrador a tomar las medidas pertinentes para en los próximos meses eliminar dicho cargo (Pág. 182 a 184 archivo “*1 EXPEDIENTE DIGITALIZADO*”), prueba cuya valoración permite inferir la voluntad de la copropiedad de eliminar la figura de conserjería más no que tal decisión hubiera sido inmediata, por cuanto se reitera que se definió que en los *próximos meses* se realizaría su eliminación.

Así las cosas, como quiera que la sociedad **PH SERVICES S.A.S.** ejercía la administración de la propiedad horizontal, se le encargó la tarea de eliminar la figura del *conserje*, pero no de forma inmediata, al punto que el señor DANIEL ERNESTO SOSA VARÓN, representante de la precitada sociedad, indicó en interrogatorio que ningún miembro del Consejo de Administración le solicitó despedir al **DEMANDANTE** (01:38:55 archivo “*3 AUDIENCIA 12052021*”), manifestación que concuerda con lo indicado en correo enviado por DANIEL SOSA el 28 de julio de 2017 a las 5:11 horas, indicando al trabajador que el Consejo de Administración del edificio vio innecesaria la figura del conserje y que por ello comunicó dicha decisión para llegar a un acuerdo para la terminación del contrato, pero ratificando que no

había sido por ello despedido (Pág. 102 archivo “1 EXPEDIENTE DIGITALIZADO”)

Los precitados elementos de prueba acreditan que el empleador comunicó a su trabajador que la propiedad horizontal por ellos administrada había decidido eliminar el cargo *conserje* y si bien podría considerarse reprochable la actitud de DANIEL ERNESTO SOSA VARÓN, representante de **PH SERVICES S.A.S.**, de alegar al trabajador que debían arreglar su relación porque el contrato no se había *renovado formalmente* y no podía reubicarlo, pasando por alto que el contrato a término fijo se renueva automáticamente por ministerio de la ley, ello no obstan para considerar que dicha propuesta elevada por el empleador equivalía a un despido verbal, más aún cuando posteriormente se envió un correo electrónico indicando expresamente que el trabajador no había sido despedido.

En consecuencia, esta Corporación no comparte las suplicas de la apoderada del **DEMANDANTE** de considerar que no hubo abandono del cargo sino una orden de salir de la copropiedad y que hubo un despido verbal, por el contrario, se acredita que el empleador propuso al trabajador discutir la continuidad del vínculo pero luego aclaró que con ello no lo había despedido, a la vez que lo cito a descargos por abandono de puesto, ante lo cual el **DEMANDANTE** optó por no asistir salvo que fuera para arreglar lo de su despido.

Por lo anterior, no existe mérito para considerar que el **DEMANDANTE** tienen derecho a la indemnización por despido, por ausencia de prueba del mismo, sin que sea válida la suplica de la apoderada del ex trabajador de solicitar videos de las cámaras de seguridad u otras pruebas que en el momento procesal oportuno para reclamarlas, que no era otro que en la demanda o su reforma, omitió solicitar.

Así las cosas, se confirmará la absolución de la condena a la indemnización por despido y, habida cuenta que en el recurso de apelación no se efectuó reproche alguno contra la decisión del Juez de absolver de las suplicas al pago de prestaciones sociales, vacaciones e

indemnización moratoria, no existe ninguna razón para entrar a discutir la eventual responsabilidad de las **DEMANDADAS** porque no hay ninguna condena que compartir y, dicho sea de paso, porque la apoderada del **DEMANDANTE** nunca elevó una pretensión reclamando tal solidaridad y no podía pretender en esta etapa del proceso introducir nuevas suplicas que no hicieron parte del problema jurídico fijado por el Juez.

Por las anteriores consideraciones se confirmará el fallo apelado.

Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el fallo de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en la segunda instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No.20-2021-00169-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante **GABRIEL ANTONIO CARDONA ZULUAGA** contra la sentencia del 14 de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado Veinte (20°) Laboral del Circuito de Bogotá que absolvió a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra (*min. 30:48, archivo "10Audiencia"*).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA**

**GABRIEL ANTONIO CARDONA ZULUAGA** llamó a juicio al **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** con el fin de que se reconozca y pague la reliquidación de la pensión restringida de jubilación teniendo como promedio la base salarial aportada y fijada judicialmente por el Juzgado Laboral del Circuito de Bello \$556.938.58 y sobre la cual se calculó la pensión inicial \$241.154.41, junto con las diferencias pensionales, condenas por facultades ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 29 de agosto de 1957, laboró como trabajador oficial al servicio de los extintos

Ferrocarriles Nacionales de Colombia entre el 02 de junio de 1980 y el 29 de diciembre de 1991, vínculo que se terminó de forma unilateral por supresión del cargo; que mediante sentencia del 12 de febrero de 1996, el Juzgado Laboral del Circuito de Bello, confirmada por la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, le reconoció una pensión restringida de jubilación, calculada en cuantía de \$241.154.41 a partir del cumplimiento de 60 años de edad; que la pensión fue calculada sobre una tasa de remplazo del 43.30% y un salario de \$556.938.58; que el empleador liquidó y le pagó la prestación mediante Resolución No.1212 de 10 de julio de 2018 por la suma de \$1.873.380.80, sobre un salario promedio mensual de \$334.386 y una tasa de reemplazo de 46.03%.

Manifestó que dentro de las pretensiones incoadas judicialmente nunca se reclamó el pago de indexación de la primera mesada pensional y que al aplicar la formula respectiva, el valor de su mesada es de \$2.934.849.11; que en virtud de ello, el 4 de septiembre de 2019 solicitó la reliquidación proporcional, petición que fue atendida parcialmente en Resolución No.3089 de 31 de diciembre de 2019, donde le reliquidan la mesada pensional por la suma de \$2.061.350 a partir del 29 de agosto de 2017, cálculo que considera es inferior al ordenado en el fallo; y finalmente que solicitó a la demandada la revisión de la reliquidación, la cual fue denegada el 09 de septiembre de 2020 (*pág. 1 a 12, archivo “01 2021-169 ORD-FLS.1-85. DEMANDA Y ANEXOS”*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

**El FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** se opuso a las pretensiones. Aceptó el vínculo laboral que tuvo el demandante con los extintos Ferrocarriles Nacionales de Colombia, los extremos temporales, la forma de terminación del contrato, la fecha de nacimiento del actor, el reconocimiento de la pensión de jubilación por vía judicial, las solicitudes presentadas, la liquidación y reliquidación realizada por

esa entidad. Expresó que los demás hechos no eran ciertos y formuló las excepciones de *inexistencia de las obligaciones demandadas*, buena fe, pago, compensación y la innominada o genérica (pág. 3 a 9, archivo “05 2021-169 fl 267-575 contestación fondo pasivo ff nn 14-06-2022”).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 30:48, archivo “10Audiencia”)

El 14 de septiembre de 2022, el Juzgado Veinte (20) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO: ABSOLVER** al FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA de las pretensiones incoadas en su contra por el señor GABRIEL ANTONIO CARDONA ZULUAGA conforme a las consideraciones de la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO:** Se condena en costas a la parte demandada. Tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho el equivalente a (1/2) salario mínimo legal mensual vigente. **TERCERO:** De ser o no apelada la presente providencia, envíese a la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá para que sea revisada en su integridad a través del grado jurisdiccional de consulta, lo anterior teniendo en cuenta que la misma fue adversa a los intereses del trabajador pensionado o pretensiones del mismo.”

El Juzgado fijó como problema jurídico determinar si había lugar a la reliquidación de la primera mesada pensional de la pensión restringida de jubilación reconocida a **GABRIEL ANTONIO CARDONA ZULUAGA**, con el promedio de la base salarial aportada y fijada judicialmente, por el Juzgado Laboral del Circuito de Bello y confirmada por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín, esto es de \$556.938,58, de ser así, si hay lugar al pago de las diferencias pensionales y los reajustes anuales.

Para resolver el Juez indicó que no hubo discusión sobre la calidad de pensionado del demandante, a partir del 29 de agosto de 2017. Que la reliquidación de la pensión con fundamento en el valor reclamado por la suma de \$556.938.68, no era procedente porque la cuantía debe ajustarse a la señalada en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 que es con el promedio de lo devengado en el último año de servicios y no con lo recibido durante los últimos 6 meses como se

pretende, promedio que fue fijado en la sentencia del 12 de febrero de 1996 por el Juzgado Laboral del Circuito de Bello, confirmada por el Tribunal Superior de Medellín, en cuantía de \$367.938,68, valor que actualizado al año 2017 asciende a la suma de \$4.454.980.53, por lo que al aplicar la tasa de reemplazo se obtiene una mesada pensional de \$2.050.527, inferior a la reconocida por la demandada.

### **III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

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

### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, las partes no presentaron alegatos en esta instancia.

### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

Le corresponde a la Sala determinar si al demandante le asiste el derecho al reajuste de la primera mesada pensional por indexación y el pago de las diferencias.

### **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) GABRIEL ANTONIO CARDONA ZULUAGA** nació el 29 de agosto de 1957 (*pág. 222, archivo “05 2021-169 fl 267-575 contestación fondo pasivo ff nn*

14-06-2022”), y laboró a favor de los extintos Ferrocarriles Nacionales de Colombia un total de 4.143 días, entre el 02 de junio de 1980 y el 29 de diciembre de 1991 (*pág. 36, archivo “05 2021-169 fl 267-575 contestación fondo pasivo ff nn 14-06-2022”*); **ii)** el Juzgado Laboral del Circuito de Bello mediante sentencia del 12 de febrero de 1996 reconoció a favor del demandante pensión sanción por valor de \$241.154.41 (*pág. 37 a 59, archivo “01 2021-169 ORD-FLS.1-85. DEMANDA Y ANEXOS”*), decisión confirmada por parte de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en providencia del 09 de julio de 1996 (*pág. 23 a 36, archivo “01 2021-169 ORD-FLS.1-85. DEMANDA Y ANEXOS”*); **iii)** el **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** mediante Resolución No.1212 del 10 de julio de 2011 le reconoció a **GABRIEL ANTONIO CARDONA ZULUAGA** pensión proporcional de jubilación - pensión sanción, en cuantía de \$1.873.380 a partir del 29 de agosto de 2017 (*pág. 247 a 254, archivo “05 2021-169 fl 267-575 contestación fondo pasivo ff nn 14-06-2022”*); **iv)** **GABRIEL ANTONIO CARDONA ZULUAGA** presentó solicitud de reliquidación pensional e indexación el 04 de septiembre de 2019 (*pág. 60 a 66, archivo “01 2021-169 ORD-FLS.1-85. DEMANDA Y ANEXOS”*), petición que fue resuelta por la demandada por medio de la Resolución No.3089 del 31 de diciembre de 2019, donde accede parcialmente a lo solicitado estableciendo como primera mesada la suma de \$2.061.350 (*pág. 68 a 71, archivo “01 2021-169 ORD-FLS.1-85. DEMANDA Y ANEXOS”*).

#### - Sobre la indexación de la primera mesada pensional

La posición actual, sostenida y pacífica, tanto de la H. Corte Constitucional como de la Sala de Casación Laboral de la H. Corte Suprema de Justicia, señala que procede la indexación de la primera mesada pensional, independientemente de la fecha de reconocimiento pensional, es decir, antes o después de la entrada en vigencia de la Constitución Política de 1991 o de la Ley 100 de 1993, tal y como ha sido expuesto en las sentencias SU-1073 de 2012, SL rad. 514035 del 5

de junio de 2012, SL698 de 2013, SL4106 de 2014, SL1361 de 2015, SL13076 de 2016, SL3191 de 2018, SL2880 de 2019, SL649 de 2020, SL1222 de 2021, SL2950 de 2021, entre otras.

Ahora bien, la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ ha hecho énfasis de que la indexación de la primera mesada pensional procede cuando entre el retiro del servicio y el goce de la prestación existe una solución de continuidad que genere un desmedro del valor adquisitivo de la base salarial sobre la cual se calculó el valor de la pensión, caso en el cual se actualizará dicho índice multiplicando el valor del salario por el cociente que resulta de dividir el IPC final (estructuración del derecho) sobre el IPC inicial (fecha del último salario o desvinculación), correspondiendo dichos índices a los del 31 de diciembre del año inmediatamente anterior, tal y como reafirmó la alta Corporación en las sentencias SL4629 de 2016, SL1367 de 2020, SL3612 de 2020, entre otras.

**- Sobre el grado jurisdiccional de consulta**

La Corte Constitucional mediante sentencia C-424 de 2015 precisó que el grado jurisdiccional de consulta (i) no es un recurso ordinario o extraordinario, sino un mecanismo de revisión oficioso que se activa sin intervención de las partes; (ii) es una examen automático que opera por ministerio de la ley para proteger los derechos mínimos, ciertos e indiscutibles de los trabajadores y la defensa de la justicia efectiva y, (iii) al ser un control integral para corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia, no está sujeto al principio de *non reformatio in pejus*.

A su vez, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que, en aplicación del principio de consonancia, la Constitución le impone al juez de segundo grado la obligación de pronunciarse sobre las materias relacionadas con los beneficios mínimos consagrados en las normas laborales, al punto que esos

aspectos que de forma implícita se encuentran cobijados en la impugnación, hacen parte de su competencia funcional, siempre y cuando: (i) hayan sido discutidos en el juicio y (ii) estén debidamente probados. Sin embargo, la misma Corporación ha advertido que la referida institución jurídica no tiene aplicación cuando del grado jurisdiccional de consulta se trata, pues como se sabe esta busca la realización de los objetivos superiores, como el orden justo y la prevalencia del derecho sustancial, razón por la que opera por ministerio de la ley y no como consecuencia de la iniciativa de las partes y, en ese sentido, el juez que conoce de la consulta cuenta con amplias facultades para examinar el asunto sin estar sujeto a los límites que impone el recurso de apelación o el principio de la *no reformatio in pejus* (SL2808-2018, SL1528-2021, SL2604-2021, SL3980-2021, SL2266-2022, entre otras).

### CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio, resulta relevante el referente jurisprudencial citado pues al surtirse en este caso el grado jurisdiccional de consulta, le corresponde a la Sala revisar la decisión para efectos de corregir los errores en que haya podido incurrir el fallador de primera instancia.

Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que le corresponde al juez interpretar la demanda de manera que su decisión involucre las peticiones del escrito inicial en armonía con los hechos que le sirven de fundamento (SL2808-2018). Esto, por cuanto al revisar los hechos de la demanda, las pretensiones y los fundamentos y razones de derecho es claro que la aspiración de **GABRIEL ANTONIO CARDONA ZULUAGA** es obtener la indexación de la primera mesada pensional con fundamento en el reconocimiento judicial previo realizado por el Juzgado Laboral del Circuito de Bello, aspectos que claramente se enuncian, entre otros, en los hechos 15, 16, 17 y 21 de la demanda. Y si bien las pretensiones no consignan expresamente ese

pedimento, la forma en que fueron redactadas junto con la situación fáctica que la soportan, conllevan a ese fin.

Precisado este aspecto, no se puede olvidar ni desconocer que el Juzgado Laboral del Circuito de Bello mediante sentencia del 12 de febrero de 1996, reconoció a favor del demandante la pensión sanción, fijando desde ese momento el valor de la mesada pensional en cuantía de \$241.154.41 (*pág. 37 a 59, archivo “01 2021-169 ORD-FLS.1-85. DEMANDA Y ANEXOS”*), decisión confirmada por parte de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Medellín en providencia del 09 de julio de 1996 (*pág. 23 a 36, archivo “01 2021-169 ORD-FLS.1-85. DEMANDA Y ANEXOS”*). Luego, bajo es escenario, respecto del monto reconocido a favor del demandante no puede existir pronunciamiento judicial adicional alguno puesto que, sobre éste, operó el fenómeno de la cosa juzgada, en virtud de lo consignado en el artículo 303 del CGP. Aspecto distinto ocurre con la indexación del monto reconocido que no fue objeto de estudio en las citadas providencias.

Siendo ello así, le correspondía a la demandada en los actos administrativos que resolvieron la prestación pensional, y al juzgado de instancia, verificar que se aplicara correctamente la fórmula de indexación del valor de la mesada reconocida por la autoridad judicial de Bello y no indexar el salario promedio mensual devengado por el demandante en el último año de servicio, como ingreso base de liquidación, dado que, se itera, fue un aspecto ya dilucidado, firme y definitivo, por autoridad judicial competente.

Por eso es inane cualquier discusión frente la cuantía salarial a tener en cuenta, si era \$556.938.58, como lo solicita la parte actora, o \$367.939, como lo aplicó la entidad demandada en la Resolución No.3089 de 31 de diciembre de 2019.

Así las cosas, y aplicando la fórmula que según criterios técnicos es la más adecuada para llevar a valor presente el monto reconocido, el cual se determina multiplicando el valor histórico (Rh), que corresponde a \$241.154.41 (monto ordenado por el Juzgado Laboral del Circuito de Bello para el año 1991), por la suma que resulta de dividir el índice final de precios al consumidor certificado por el DANE, vigente en el año 2016, última anualidad anterior a la fecha de exigibilidad de la pensión, por el índice inicial, es decir, el vigente en la anualidad anterior a la fecha en que terminó la relación de trabajo, es decir, año 1990, se obtiene el siguiente resultado:

| Monto reconocido judicialmente para el año 1991 | IPC inicial año 1990 | IPC final año 2016 | Factor de indexación | Mesada indexada |
|-------------------------------------------------|----------------------|--------------------|----------------------|-----------------|
| \$241.154,41                                    | 7,65                 | 93,11              | 12,171242            | \$2.935.148,64  |

Por tanto, la mesada pensional calculada por la Sala es superior a la reconocida por la demandada (\$2.061.350), y similar a la reclamada en la demanda, motivo suficiente para revocar la sentencia de primera instancia, y, en su lugar, a continuación, se establecerán las diferencias que surgen a favor del pensionado:

| Año   | Valor mesada a reconocer | Incremento IPC % | Mesada reconocida por el Fondo de Pasivo Social | Diferencia      | # mesadas | Total           |
|-------|--------------------------|------------------|-------------------------------------------------|-----------------|-----------|-----------------|
| 2017  | \$ 2.935.148,64          |                  | \$ 2.061.350                                    | \$ 873.798,64   | 5,06      | \$4.421.421,13  |
| 2018  | \$ 3.055.196,22          | 4,09             | \$ 2.145.659                                    | \$ 909.537,01   | 14        | \$12.733.518,10 |
| 2019  | \$ 3.152.351,46          | 3,18             | \$ 2.213.891                                    | \$ 938.460,28   | 14        | \$13.138.443,97 |
| 2020  | \$ 3.272.140,82          | 3,80             | \$ 2.298.019                                    | \$ 974.121,77   | 14        | \$13.637.704,84 |
| 2021  | \$ 3.324.822,28          | 1,61             | \$ 2.335.017                                    | \$ 989.805,14   | 14        | \$13.857.271,89 |
| 2022  | \$ 3.511.677,30          | 5,62             | \$ 2.466.245                                    | \$ 1.045.432,18 | 14        | \$14.636.050,57 |
| 2023  | \$ 3.972.409,36          | 13,12            | \$ 2.789.816                                    | \$ 1.182.592,89 | 2         | \$2.365.185,77  |
| TOTAL |                          |                  |                                                 |                 |           | \$74.789.596,28 |

Diferencias por mesadas pensionales que deberán indexarse desde la causación de cada una de ellas hasta su pago efectivo. Lo anterior, atendiendo que la suma que no ha sido pagada ha perdido su valor adquisitivo por el paso del tiempo, medida que no solo garantiza

contrarrestar los fenómenos inflacionarios, sino que protege el goce efectivo y pleno de los derechos de la parte actora, al recibir sumas actualizadas a valor presente. Al respecto, ha dicho la CSJ que el juez tiene incluso la facultad de imponer la indexación de las condenas de manera oficiosa, sin que tal medida viole la congruencia que debe existir entre las pretensiones de la demanda y la sentencia judicial (CSJ SL359 de 2021, SL815 de 2021, entre otras).

- **Sobre la excepción de prescripción**

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

Por tal razón, y dado que la reclamación administrativa se agotó con la Resolución No.3089 del 31 de diciembre de 2019, por medio de la cual el **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** resolvió la solicitud de reliquidación pensional (*pág. 67 a 71, archivo “01 2021-169 ORD-FLS.1-85. DEMANDA Y ANEXOS”*), y la demanda fue presentada el 19 de marzo de 2021 (*pág. 84, archivo “01 2021-169 ORD-FLS.1-85. DEMANDA Y ANEXOS”*), no trascurrió el término trienal señalado en las citadas normas, por lo que no prospera este medio exceptivo.

Se declararán no probadas las demás excepciones propuestas atendiendo los resultados del proceso.

Se autorizará al **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** a descontar del

retroactivo lo que corresponda por aportes a salud del demandante, conforme los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994, tal y como ha señalado la H. CSJ en las sentencias SL2425 de 2019, SL4964 de 2020, SL5181 de 2020, SL2655 de 2021, SL1781 de 2022, entre otras.

Las costas de primera instancia estarán a cargo de la demandada. Tásense. Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de primera instancia, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: DECLARAR** que **GABRIEL ANTONIO CARDONA ZULUAGA** tiene derecho a la reliquidación de la pensión restringida de jubilación - pensión sanción, en cuantía de \$2.935.148,64 a partir de 29 de agosto de 2017, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas.

**CUARTO: CONDENAR** al **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** a reconocer y pagar al demandante **GABRIEL ANTONIO CARDONA ZULUAGA** el retroactivo de las diferencias en las mesadas pensionales que se generen a partir del 29 de agosto de 2017 y hasta cuándo se haga efectivo el ingreso en nómina de pensionados, debidamente indexadas, tomando como IPC inicial el del mes en que se generó cada diferencia

y como IPC final el del mes en que se efectúe el pago. Se **AUTORIZA** al **FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA** a descontar del retroactivo pensional el valor de los aportes a salud a cargo del **DEMANDANTE**.

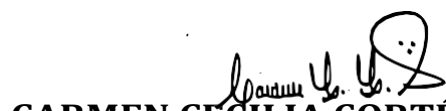
**QUINTO: COSTAS** de primera instancia a cargo de la demandada y deberán ser fijadas y liquidadas por el *a quo*. Sin costas en segunda instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada. Con salvamento de voto

  
**CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ**  
Magistrada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## **SALVAMENTO DE VOTO**

DEMANDANTE: GABRIEL ANTONIO CARDONA ZULUAGA

DEMANDADO: FONDO DE PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES DE COLOMBIA

RADICACIÓN: 11001 31 05 020 2021 00169 01

### **MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

A continuación, se expresan los argumentos del salvamento de voto respecto de la sentencia que ordena indexar la pensión sanción teniendo en cuenta para el efecto el monto señalado en la sentencia que ordenó el reconocimiento y pago de la pensión sanción.

En primer lugar, es de anotar que la indexación de la primera mesada de la pensión es un proceso con pretensiones diversas al proceso que ordenó el reconocimiento de la pensión sanción, y, en consecuencia, para dar aplicación a los principios constitucionales se debe partir del hecho que la indexación se genera sobre la pensión que se debe reconocer de manera legal y cumpliendo todos los presupuestos señalados por la ley sobre el particular. De tal manera que si una persona no tiene derecho a la pensión o su liquidación no corresponde a los presupuestos señalados en la norma no se podría generar el derecho a la indexación sobre la base de la inexistencia del derecho o de montos generados de manera errónea, dado que la indexación es la actualización del monto que legalmente corresponde al beneficiario de la prestación y que se genera por el paso del tiempo entre la fecha de causación del derecho y la exigibilidad del mismo.

En segundo lugar, si bien en la sentencia emitida por el Juzgado Laboral del Circuito de Bello el 12 de febrero de 1996 en su numeral primero señalaba un monto para la pensión sanción que ordenó reconocer y pagar, es de anotar que no se puede desconocer que en el numeral segundo de la misma sentencia declaró “que las pensiones deducidas,..., con salarios mínimos o con salarios superiores al mínimo deben ser objeto de liquidación al momento de causación teniendo en cuenta la variación de los salarios mínimos decretados por el gobierno”, (archivo 01 2021 169 ORD FLS 1-85 DEMANDA Y ANEXOS pág. 56), esto es, que el monto señalado en el numeral primero podía ser variado por las liquidaciones que efectivamente debía realizar la entidad demandada para el

cumplimiento de la sentencia, decisión que fue confirmada por la sentencia de segunda instancia emitida por el Tribunal Superior de Medellín.

En ese orden de ideas, se considera que no se debió ordenar la indexación de la pensión sanción en los términos señalados en la decisión, sino que se debió confirmar la sentencia de primera instancia porque la liquidación se ajusta a los parámetros legales que rigen ese tipo de pensión, y así evitar procesos de revisión sobre sentencias que ordenan pagos de sumas periódicas de conformidad con el artículo 20 de la Ley 797 de 2003 excediendo el monto consagrado en la Ley.

  
**ANGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No.21-2021-00350-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver los recursos de apelación presentados por las partes, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de la **UGPP**, en contra de la sentencia proferida el 02 de agosto de 2022 por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá mediante la cual condenó a la UGPP a pagar al demandante la pensión de jubilación convencional a partir del 1° de julio de 2018 en cuantía de \$2.367.517 con su correspondiente retroactivo indexado, declaró parcialmente probada la excepción de prescripción, absolvió de las demás pretensiones y condenó en costas a la pasiva por la suma de \$4.000.000 (*min. 23:41, archivo “15Audincia20220802Parte2”*).

**I. ANTECEDENTES**

• **DEMANDA**

**HÉCTOR EMILIO ZAPATA ARANGO** llamó a juicio a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –**

**UGPP** con el fin de que se declare que es beneficiario de la Convención Colectiva 2001-2004 suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL, que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional a partir del 10 de enero de 2017 y de la bonificación establecida en el artículo 103 de la convención colectiva, retroactivo pensional, intereses moratorios e indexación, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 10 de enero de 1962, se vinculó al ISS desde el 05 de septiembre de 1985 hasta el 31 de diciembre de 2014 y desempeño como ultimo cargo el de *técnico de servicios asistenciales clase IV grado 19*; que el 31 de octubre de 2001 entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL se celebró Convención Colectiva de Trabajo, donde el artículo 98 extendió su vigencia hasta el año 2017; que el 27 de marzo de 2017, le solicitó a la UGPP el reconocimiento y pago de la pensión convencional, quien mediante Resolución RDP024278 del 08 de junio de 2017 le negó la prestación pensional, acto administrativo que, con ocasión de un recurso de reposición, fue confirmado en su integridad según Resolución RDP030632 del 31 de julio de 2017; que solicitó nuevamente la pensión convencional el 16 de octubre de 2020, sin que a la presentación de la demanda la UGPP haya dado respuesta (*pág. 3 a 19, archivo "01DemandayAnexos"*).

#### • CONTESTACIÓN DE DEMANDA

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del demandante, su vinculación laboral con el ISS, la existencia de la convención colectiva de trabajo, las solicitudes presentadas y los actos administrativos expedidos. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia del derecho reclamado*, prescripción, cobro

de lo no debido, buena fe de la entidad y la innominada o genérica (pág. 3 a 11, archivo “08ContestacionDemandaUgpp”).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(min. 23:41, archivo “15Audincia20220802Parte2”).

El 02 de agosto de 2022, el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia al siguiente tenor literal:

*(...) PRIMERO: DECLARAR que el demandante HÉCTOR EMILIO ZAPATA ARANGO tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional de carácter compartida establecida en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo 2001- 2004 suscrita entre el ISS y el sindicato de trabajadores SINTRASEGURIDAD SOCIAL, a partir del 10 de enero de 2017 en cuantía inicial de \$2'274.490 en 13 mesadas anuales conforme lo expuesto en la parte motiva de esta decisión. SEGUNDO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 1° de julio de 2018. TERCERO: CONDENAR a la UGPP UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL al reconocimiento y pago a favor del señor HÉCTOR EMILIO ZAPATA ARANGO de la pensión de jubilación convencional de carácter compartida establecida a partir del 01 de julio de 2018 en cuantía de \$2'367.517, con los respectivos reajustes anuales y la indexación de cada una de las mesadas pensionales, a razón de 13 mesadas anuales, desde la fecha de exigibilidad de cada una de ellas hasta el pago efectivo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva. CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, buena fe de la entidad y cobro de lo no debido propuestas por la demandada QUINTO: ABSOLVER a la UGPP de las demás pretensiones incoadas en su contra. SEXTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la UGPP y a favor de la parte demandante. Liquidense por secretaria incluyendo como agencias en derecho la suma de \$4'000.000. SÉPTIMO: CONSÚLTESE esta decisión con el Superior, por ser adversa a los intereses de la UGPP. (...)*

El Juzgado fijó como problema jurídico determinar si el demandante **HÉCTOR EMILIO ZAPATA ARANGO** tenía derecho al reconocimiento de la pensión convencional a partir del 10 de enero de 2017, la procedencia de intereses moratorios o indexación, la bonificación consagrada en el artículo 103 de la Convención Colectiva de Trabajo y las costas procesales.

Para resolver indicó que conforme con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia la edad no es requisito de causación sino de exigibilidad, y que el término de vigencia de la Convención Colectiva 2001-2004 entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL fue hasta el año 2017; que conforme al artículo 98 de dicha Convención el requisito para acceder a la pensión de jubilación es de 20 años de servicios continuos o discontinuos y al arribar a la edad de 55 años si es hombre o 50 años si es mujer, quienes tendrán derecho a una pensión de jubilación equivalente al 100% del promedio percibido en los últimos 3 años de servicios.

Señaló que el actor se vinculó al ISS desde el 05 de septiembre de 1985 hasta el 04 de mayo 1986 y entre el 06 de mayo de 1986 y el 31 de diciembre de 2014, esto es durante 28 años, 3 meses y 25 días, cumplió 55 años de edad el 10 de enero de 2017, por lo que concluyó que le asiste derecho al reconocimiento de la pensión de jubilación convencional al haber causado el derecho pensional durante la vigencia del pacto colectivo, en cuantía del 100% de lo devengado en los últimos 3 años de servicio, declarando su carácter compartido con la prestación pensional que reciba u obtenga del Sistema General de Pensiones, estando a cargo de la UGPP el mayor valor si lo hubiere.

### III. RECURSOS DE APELACIÓN

La apoderada del **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitado se revoque parcialmente y, en su lugar, se determine que la mesada pensional corresponde a la suma de \$2.869.423 a partir del 10 de enero de 2017, se declare la prescripción de las mesadas con anterioridad al 16 de octubre de 2017 y se condene a la UGPP a reconocer y pagar los intereses moratorios. Adujo que conforme con los cálculos aritméticos y los certificados allegados, al incluir en el IBL los factores de asignación básica, prima de servicio, prima de vacaciones y auxilio de alimentación de los años 2012, 2013 y 2014, actualizados al año 2014,

equivale a un IBL de \$2.451.623, suma que indexada al año 2017 asciende a \$2.869.423.

Frente a la excepción de prescripción indicó que haciendo una interpretación más favorable del artículo 489 del CST, se debió tener en cuenta la petición presentada el 16 de octubre de 2020 como interrupción de este fenómeno y como consecuencia se debieron declarar prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 16 de octubre de 2017. Finalmente, solicita se condene a la entidad al reconocimiento y pago de los intereses moratorios conforme los argumentos expuestos en la demanda a partir del cuarto mes con posterioridad al 16 de octubre de 2020 o de forma subsidiaria intereses moratorios a partir de la ejecutoria de la sentencia y hasta la fecha del pago (*min. 25:26, archivo "15Audincia20220802Parte2"*).

La apoderada de la **UGPP** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Señaló que con la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005 no se podían tener condiciones más favorables en materia pensional más allá del 31 de julio de 2010, lo que significa que por voluntad del constituyente todas las disposiciones convencionales, respecto de las pensiones de jubilación, que se encontraban vigentes antes de la entrada en vigencia del citado Acto Legislativo mantuvieron su curso máximo hasta ese límite, periodo en que ya se debían haber acreditado los requisitos por parte de quienes pretendían ser beneficiarios.

Por lo anterior, considera que la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL perdió su vigencia el 31 de julio de 2010, fecha en la cual el demandante no había cumplido con los requisitos exigidos en el artículo 98 de la Convención Colectiva; con todo, que, si se admitiera que la vigencia de la Convención supera esa fecha, el actor cumplió la edad con posterioridad al retiro del ISS, cuando ya no era trabajador oficial (*min. 29:24, archivo "15Audincia20220802Parte2"*).

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de la **UGPP** solicitó revocar el fallo, reiterando los argumentos expuestos al sustentar la apelación. Por su parte, la apoderada del demandante solicitó la revocar parcialmente la sentencia insistiendo en los pedimentos esbozados en la alzada.

#### **V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

En atención a que la sentencia de primera instancia fue adversa a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP**, su función de reconocimiento y pago de pensiones de servidores del estado permite inferir razonablemente que la garante en última instancia de las condenas impuestas es la NACIÓN, por tanto, procede el grado jurisdiccional de consulta conforme el artículo 69 CPTSS, a fin de que se realice un estudio integral de la providencia.

#### **VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

#### **VII. PROBLEMA JURÍDICO**

Le corresponde a la Sala determinar si el demandante cumple con los requisitos para causar la pensión de jubilación convencional y la procedencia o no de las demás pretensiones, conforme los requisitos sustanciales previstos en la ley y la jurisprudencia para ello.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia que: **i) HÉCTOR EMILIO ZAPATA ARANGO** nació el 10 de enero de 1962 (*pág. 25, archivo “01DemandayAnexos”*), laboró para el ISS desde el 05 de septiembre de 1985 al 04 de mayo de 1986 y desde el 06 de mayo de 1986 hasta el 31 de diciembre de 2014, desempeñando el cargo de técnico de servicios asistenciales clase IV grado 19, inicialmente como empleado público y luego como trabajador oficial a partir del 1° de abril de 1997 (*pág. 49, archivo “01DemandayAnexos” y pág. 285 y ss., archivo “ContestacionDemandaUgpp”*); **ii)** entre el extinto Instituto de Seguros Sociales y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social SINTRASEGURIDADSOCIAL se suscribió la Convención Colectiva de Trabajo 2001-2004, documento depositado ante el Ministerio de Trabajo el 31 de octubre de 2001 (*pág. 90 a 167 archivo “01DemandayAnexos”*); **iii)** el actor solicitó a la UGPP el reconocimiento de la pensión jubilación el 27 de marzo de 2017, entidad que mediante Resolución RDP024278 del 08 de junio de 2017 negó la prestación económica (*pág. 29 a 32 archivo “01DemandayAnexos”*), acto administrativo posteriormente confirmado a través de la Resolución RDP030632 del 31 de julio de 2017, notificada el 03 de agosto siguiente (*pág. 35 a 38 archivo “01DemandayAnexos”*); **vi)** nuevamente presentó solicitud de pensión convencional ante el PARISS el 16 de octubre de 2020 (*pág. 165 archivo “08ContestacionDemandaUgpp”*) petición que fue trasladada por competencia a la UGPP a través del oficio de fecha 23 de octubre de 2020 (*pág. 163 a 164 archivo “08ContestacionDemandaUgpp”*), quien mediante auto ADP002019 del 12 de abril de 2021 determinó que no era procedente realizar un nuevo estudio de la prestación (*pág. 12 a 11, archivo “08ContestacionDemandaUgpp”*).

**- Aplicación de derechos convencionales pensionales en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005.**

Sobre la aplicación del Acto Legislativo 01 de 2005 en asuntos como el presente, considera la Sala que las Convenciones Colectivas de Trabajo que reconocían derechos extralegales en materia pensional, fueron terminadas por mandato de los parágrafos segundo y tercero transitorios del artículo 48 de la Constitución Política. Los derechos pensionales extralegales que no se hubieran causado o consolidado antes del 31 de julio de 2010, se tornaron en expectativas fallidas y sin posibilidad de generar un derecho en el futuro por ausencia de fundamento normativo, solamente aquellos trabajadores que para el 31 de julio de 2010 hubieran cumplido la totalidad de requisitos que el acuerdo extralegal estipulaba para causar la pensión tenían un derecho laboral cierto, indiscutible y adquirido, que por ser tal no podía ser objeto de derogatoria por la expedición de normas posteriores. Así lo entendió la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL5622-2019.

La enmienda constitucional que incorporó el Acto Legislativo 01 de 2005 rige hoy y se debe aplicar, pues no ha sido excluida de nuestro ordenamiento por la única autoridad que tiene competencia para declarar su ineficacia, esto es, la H. Corte Constitucional.

Ahora bien, frente al alcance del Parágrafo 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL2543-2020, precisó lo siguiente:

*“Teniendo en cuenta todo lo expuesto en líneas precedentes, la Sala considera necesario precisar aquí y ahora su postura, en el sentido de señalar que en aplicación del parágrafo transitorio 3 del Acto Legislativo 01 de 2005, cuando la convención colectiva se encuentre surtiendo efectos a la fecha de entrada en vigor la enmienda constitucional -29 de julio de 2005-, cualquiera sea el motivo para ello - en curso de la vigencia inicial pactada por las partes, en curso de alguna de las prórrogas prevista en la ley o en trámite de resolución de conflicto suscitado por denuncia de la convención-, la extinción de las reglas pensionales allí convenidas, solo se producirá al vencimiento de los*

*plazos o de las prórrogas automáticas producidas por mandato del artículo 478 del CST o por la firma de una nueva convención; que en todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010”*

No obstante, lo anterior, dicho órgano de cierre en sentencia SL3635-2020, modificó el criterio definido en la providencia referida en líneas precedentes y en su lugar, estableció que, los derechos pensionales contenidos en convenciones colectivas de trabajo, laudos o pactos, a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005 se regulan por las siguientes pautas:

- a) *“En los eventos en que las reglas pensionales de carácter convencional suscritas antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005 y al 29 de julio del mismo año se encontraban en curso, mantendrá su eficacia por el término inicialmente pactado, aún con posterioridad al 31 de julio de 2010, hasta cuando se llegue al plazo acordado.*
- b) *Si al 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del acto legislativo en mención, respecto del convenio colectivo estaba operando la prórroga automática consagrada en el artículo 478 del Código Sustantivo de Trabajo y las partes no presentaron la denuncia en los términos del artículo 479 ibidem, las prerrogativas pensionales se extendieron solo hasta el 31 de julio de 2010.*
- c) *Si la convención colectiva de trabajo se denunció y se trabó el conflicto colectivo, los acuerdos pensionales, por ministerio de la ley se mantuvieron según las reglas legales de la prórroga automática, hasta el 31 de julio de 2010 y, en tal caso, ni las partes ni los árbitros podían establecer condiciones más favorables a las previstas en el sistema general de pensiones entre la fecha en la que entró en vigencia el Acto Legislativo y el 31 de julio de 2010.*

En punto a la aplicación y vigencia del artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el extinto INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES y el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE LA SEGURIDAD SOCIAL – SINTRASEGURIDADSOCIAL (vigencia 2001-2004), esa alta Corporación, en la citada providencia, al resolver un asunto de condiciones similares, recordando lo señalado por la misma Sala en las sentencias SL rad. 39808-2011 y SL1409-2015, dijo que las

disposiciones contenidas en dicha norma Convencional, referidas a la pensión de jubilación, tienen una vigencia superior al 31 de octubre de 2004, pues de conformidad con los artículos 2° y 98 del texto convencional, su vigencia se extiende hasta el año 2017. Esta posición fue reiterada en sentencias SL5116-2020 y SL2773-2021.

Con todo, al realizar un estudio pormenorizado del contenido del citado artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo, para la Sala el Parágrafo 4° de dicho artículo contempló de manera clara que: *“El presente artículo se acuerda por las partes como resultado de la demostración actuarial, técnica, económica y financiera, efectuada por la comisión técnica integrada por los Ministerio de Hacienda y Crédito Público, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social el Sindicato SintraseguridadSocial, donde se constató, que el reconocimiento y pago de las jubilaciones en un horizonte de diez (10) años, está plenamente garantizado sin afectar la estabilidad económica de la empresa y sin constituir riesgo fiscal para la Nación”*.

Del contenido de esta disposición, que si bien puede entenderse que en materia de pensiones de jubilación la convención fijó una vigencia diferente a la contenida en el artículo 2° del texto convencional (1° de noviembre de 2001 a 31 de octubre de 2004, pág. 94, archivo “01DemandayAnexos”), lo cierto es que al realizar una interpretación del citado parágrafo, su vigencia extendida solo podría predicarse hasta el 1° de noviembre de 2011, es decir, hasta 10 años después de la entrada en vigor de la convención. Ello es así, en cuanto las mismas partes al establecer el derecho pensional, definieron de manera clara que esta regulación era la consecuencia de un estudio juicioso de que existían las condiciones económicas, financieras, técnicas y actuariales para el reconocimiento y pago de estas prestaciones en un horizonte de 10 años, sin que con ello se afectara la estabilidad económica de la entidad, luego a juicio de la Sala, si las partes intervinientes en el acuerdo que fijó o reguló la existencia de este derecho definieron que éste era producto del estudio realizado, no

podría darse a esta norma un alcance distinto al que las mismas partes previeron o limitaron en su estudio.

Por lo anterior, en principio esta Sala en casos de iguales contornos había definido que la convención colectiva mantuvo su vigencia para efectos pensionales, solo para aquellos trabajadores que causaran el derecho antes del 1° de noviembre de 2011, por ser este el alcance que las mismas partes estipularon al definir de manera clara que las condiciones financieras de la entidad permitían reconocer estos derechos hasta en un horizonte de 10 años, limitando así su propia voluntad en cuanto a estos derechos más allá de este lapso.

Sin embargo, atendiendo que varios de los casos definidos por esta Sala aplicando el referido criterio, siendo ponente el mismo magistrado que sustancia la presente providencia, han sido casados en sede extraordinaria, es necesario reevaluar la posición frente a este tipo de asuntos. A modo de ejemplo, la Sala de Descongestión Laboral de la H. CSJ, reiterando la línea jurisprudencial de la Sala Permanente, mediante providencia del 03 de octubre de 2022, radicado SL3658-2022, casó la sentencia emitida por esta Sala de Decisión el 30 de julio de 2021, siendo demandante Blanca Aidée Agudelo Bedoya y demandada la UGPP. En igual sentido, mediante providencia del 28 de noviembre de 2022, radicado SL4182-2022, la Sala de Descongestión Laboral casó la sentencia emitida por esta Sala de Decisión el 30 de abril de 2021, siendo demandante Marta Isabel Jiménez Calvo y demandada la UGPP.

En virtud de lo anterior, a partir de la presente providencia se acoge con plenitud la posición reiterada por nuestro máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria en sentido de establecer que las reglas pensionales previstas en el artículo 98 del texto convencional en estudio, extendieron su vigencia hasta el año 2017.

Igualmente, esta interpretación ha sido acogida por la H. Corte Constitucional, Corporación que en providencia SU-347 de 06 de

octubre de 2022 concluyó que de la literalidad de la citada cláusula se extrae que en materia jubилatoria las partes previeron una vigencia posterior a aquella establecida de forma general, pues la misma se extendió hasta el año 2017.

Finalmente, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en providencia SL 042-2023, recordó que en la recomendación aprobada por el Consejo de Administración del Comité de Libertad Sindical de la OIT mediante informe GB.301/8 se indicó que permitir que las normas convencionales de carácter convencional expedidas con antelación al Acto Legislativo 01 de 2005, permanezcan vigente aun con posterioridad al 31 de julio de 2010, permite una mayor armonización entre los derechos de asociación, negociación colectiva y libertad sindical, por un lado, y lo preceptuado por el citado Acto Legislativo, además de una mayor sujeción del Estado Social de Derecho Colombiano, al cumplimiento del principio de *Pacta Sunt Servanda*.

**- Sobre los intereses moratorios**

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 prevé que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales son procedentes los intereses moratorios a la tasa máxima vigente certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, para que sean procedentes se requiere que a la fecha en que el afiliado solicite la pensión de invalidez, vejez o sobrevivencia cuente con los requisitos para acceder a la prestación económica.

La Corte Suprema de Justicia ha determinado que los mismos son resarcitorios y no sancionatorios y proceden sin importar si hubo buena o mala fe por parte de la Administradora de Pensiones (*SL 1681 de 2020, SL3106 de 2022, SL 2408 de 2022 y SL 2257 de 2022 y SL 780 de 2022 entre otras*), así mismo el máximo órgano de cierre ha determinado situaciones en las cuales no hay lugar a la imposición de dicha condena como: *i) cuando existe incertidumbre respecto de los*

*beneficiarios o titulares del derecho pensional; ii) cuando las actuaciones de las administradoras de pensiones al no reconocer la pensión tienen plena justificación porque encuentran respaldo normativo; iii) cuando el reconocimiento deviene de un cambio de criterio jurisprudencial; v) cuando se reconoce por inaplicación del principio de fidelidad; vi) cuando el pago de las mesadas pensionales no superó el término de gracia que la ley concede a la entidad que deba conceder la prestación pensional y, iv) cuando la prestación se reconoce bajo el principio de la condición más beneficiosa (SL3130 de 2020 y SL 4332 de 2022).*

Sin embargo, la misma Corporación ha determinado que los referidos intereses moratorios aplican a todo tipo de pensiones legales, reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (SL1681-2020, SL205-2022 SL945-2022, entre otras).

### **CASO CONCRETO**

Descendiendo al caso bajo estudio, sea lo primero indicar que el ISS fue suprimido mediante Decreto 2013 de 2012. El artículo 27 de la referida disposición estableció que la UGPP asumiría la administración de los derechos pensionales a cargo del extinto ISS en calidad de empleador a más tardar el 28 de junio de 2013; posteriormente, el Decreto 1388 de 2013 amplió el plazo y se fijó que sería a partir del 28 de septiembre de 2013, finalmente mediante Decreto 3000 de 2013 se estableció que la UGPP asumiría las obligaciones pensionales a cargo del ISS a partir del 28 de febrero de 2014.

De acuerdo con el precedente de la Corte Suprema de Justicia es claro que el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo 2001-2004, suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL tuvo vigencia hasta el año 2017, por ende, procede la Sala a determinar si el demandante acredita los requisitos para acceder a la pensión de jubilación reclamada, así:

El artículo 3 de la Convención Colectiva de Trabajo (pág. 90 a 167 archivo “01DemandayAnexos”) reza lo siguiente:

*ARTÍCULO 3. BENEFICIARIOS DE LA CONVENCION Serán beneficiarios de la presente convención colectiva de trabajo los trabajadores oficiales vinculados a la planta de personal del Instituto de Seguros Sociales, de acuerdo con lo establecido en las normas legales vigentes y los que por futuras modificaciones de estas normas asuman tal categoría, que sean afiliados al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social, o que sin serlo no renuncien expresamente a los beneficios de esta convención, según lo previsto en los artículos 37, 38 y subsiguientes del Decreto Ley 2351 de 1965 (Código Sustantivo del Trabajo)...*

A su vez, el artículo 98 del citado acuerdo Convencional (pág. 90 a 167 archivo “01DemandayAnexos”) dispuso:

*...El trabajador oficial que cumpla veinte (20) años de servicio continuo o discontinuo al Instituto y llegue a la edad de cincuenta y cinco (55) años si es hombre y cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a la pensión de jubilación en cuantía equivalente al 100% del promedio de lo percibido en el periodo que se indica a continuación para cada grupo de trabajadores oficiales:*

- (i) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2002 y treinta y uno de diciembre de 2006, 100% del promedio mensual de lo percibido en los dos últimos años de servicio.*
- (ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los tres últimos años de servicio.*
- (iii) Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100% del promedio mensual de lo percibido en los cuatro últimos años de servicio.*

*Para estos efectos se tendrán en cuenta los siguientes factores de remuneración;*

- a. Asignación básica mensual*
- b. Prima de servicios y vacaciones*
- c. Auxilio de alimentación y transporte*
- d. Valor trabajo nocturno, suplementario y en horas extras*
- e. Valor del trabajo en días dominicales y feriados...*

Bajo los anteriores presupuestos, se tiene que HÉCTOR EMILIO ZAPATA ARANGO acredita su calidad de beneficiario de la Convención Colectiva no solo por haber tenido la calidad de trabajador oficial al

servicio del Instituto de Seguros Sociales (*pág. 285 y ss., archivo “ContestacionDemandaUgpp”*), sino porque la UGPP no demostró que el demandante haya renunciado expresamente a los citados beneficios.

El actor nació el 10 de enero de 1962 (*pág. 25 archivo “01DemandayAnexos”*) por lo que cumplió los 55 años el mismo día y mes del año 2017; laboró para el ISS desde el 05 de septiembre de 1985 al 04 de mayo de 1986 y desde el 06 de mayo de 1986 hasta el 31 de diciembre de 2014, para un total de 28 años, 3 meses y 25 días como trabajador oficial (*pág. 49 archivo “01DemandayAnexos”*), es decir, que el demandante cumple los requisitos consagrados en el artículo 98 de la aludida Convención Colectiva para acceder a la pensión de jubilación convencional, pues los mismos fueron satisfechos antes de su pérdida de vigencia (31 de diciembre de 2017). En este caso incluso desde septiembre de 2005 acreditó el requisito de los 20 años de servicios, restándole tan solo el retiro del servicio público y el cumplimiento de la edad para su disfrute. Prestación pensional que resulta compatible con la que le haya sido reconocida o le reconozca el Sistema General de Pensional, momento a partir del cual la UGPP solo tendrá la obligación de pagar el mayor valor si lo hubiere.

Por lo anterior, los argumentos elevados por la UGPP respecto a que la vigencia de la Convención Colectiva va solo hasta el 31 de julio de 2010 quedan desvirtuados, más aún cuando el actor consolidó su derecho pensional en septiembre de 2005. Tampoco le asisten razón en el hecho de que el trabajador oficial no estuviere vinculado a la fecha en que arribó a la edad de 55 años para ser beneficiario de la prestación, ya que como lo ha explicado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, esta se causa únicamente con el tiempo de servicio siendo la edad un simple requisito de exigibilidad (SL3343-2020, SL5116-2020), aunado a que en el acuerdo de voluntades no se impuso como requisito estar vinculado laboralmente al completar la edad requerida para acceder a la pensión. En consecuencia, se confirmará la sentencia en este aspecto.

- Sobre el valor de la primera mesada pensional

Para liquidar el valor de la mesada pensional se tiene que conforme al numeral *iii* del artículo 98 de la Convención Colectiva<sup>1</sup> el valor de la pensión corresponde al 100% del IBL de los últimos 4 años de servicio con los factores salariales de *asignación básica mensual, prima de servicios y vacaciones, auxilio de alimentación y transporte, valor trabajo nocturno, suplementario y en horas extras y valor del trabajo en días dominicales y feriados.*

Para su cálculo, se acuden a los valores contenidos en el certificado CETIL No. 202106830053630974320904 del 29 de junio de 2021 (*pág. 285 a 293, archivo “08ContestacionDemandaUgpp”*), por lo que procede la Sala a determinar el valor de la mesada pensional no sin antes aclarar que la liquidación se hará al año 2017, pues esta es la fecha de exigibilidad de la primera mesada pensional, así:

| PERIODO | #<br>DÍAS | ASIGNACIÓN<br>BÁSICA | AUXILIO DE<br>ALIMENTACIÓN | PRIMA DE<br>SERVICIOS | VACACIONES     | IPC FINAL | IPC INICIAL | IPC<br>ACUMULADO | SALARIO<br>ACTUALIZADO | SALARIO<br>ACTUALIZADO X<br>DÍAS |
|---------|-----------|----------------------|----------------------------|-----------------------|----------------|-----------|-------------|------------------|------------------------|----------------------------------|
| 2011-01 | 30        | \$1.004.818,00       | \$27.446,00                | \$0,00                | \$0,00         | 93,110000 | 73,450000   | 1,27             | \$1.308.565,02         | \$39.256.950,73                  |
| 2011-02 | 30        | \$1.674.696,00       | \$45.744,00                | \$0,00                | \$0,00         | 93,110000 | 73,450000   | 1,27             | \$2.180.941,71         | \$65.428.251,22                  |
| 2011-03 | 30        | \$1.674.696,00       | \$45.744,00                | \$0,00                | \$0,00         | 93,110000 | 73,450000   | 1,27             | \$2.180.941,71         | \$65.428.251,22                  |
| 2011-04 | 30        | \$1.865.812,00       | \$45.744,00                | \$0,00                | \$0,00         | 93,110000 | 73,450000   | 1,27             | \$2.423.212,79         | \$72.696.383,59                  |
| 2011-05 | 30        | \$1.727.784,00       | \$45.744,00                | \$0,00                | \$0,00         | 93,110000 | 73,450000   | 1,27             | \$2.248.239,51         | \$67.447.185,33                  |
| 2011-06 | 30        | \$1.727.784,00       | \$45.744,00                | \$934.099,00          | \$0,00         | 93,110000 | 73,450000   | 1,27             | \$3.432.364,19         | \$102.970.925,79                 |
| 2011-07 | 30        | \$1.727.784,00       | \$45.744,00                | \$0,00                | \$0,00         | 93,110000 | 73,450000   | 1,27             | \$2.248.239,51         | \$67.447.185,33                  |
| 2011-08 | 30        | \$1.727.784,00       | \$45.744,00                | \$0,00                | \$0,00         | 93,110000 | 73,450000   | 1,27             | \$2.248.239,51         | \$67.447.185,33                  |
| 2011-09 | 30        | \$1.727.784,00       | \$45.744,00                | \$0,00                | \$0,00         | 93,110000 | 73,450000   | 1,27             | \$2.248.239,51         | \$67.447.185,33                  |
| 2011-10 | 30        | \$1.727.784,00       | \$45.744,00                | \$0,00                | \$0,00         | 93,110000 | 73,450000   | 1,27             | \$2.248.239,51         | \$67.447.185,33                  |
| 2011-11 | 30        | \$1.727.784,00       | \$45.744,00                | \$0,00                | \$2.145.276,00 | 93,110000 | 73,450000   | 1,27             | \$4.967.730,98         | \$149.031.929,38                 |
| 2011-12 | 30        | \$1.036.670,00       | \$27.446,00                | \$1.184.241,00        | \$0,00         | 93,110000 | 73,450000   | 1,27             | \$2.850.163,65         | \$85.504.909,57                  |
| 2012-01 | 30        | \$806.299,00         | \$21.347,00                | \$0,00                | \$0,00         | 93,110000 | 76,190000   | 1,22             | \$1.011.446,63         | \$30.343.399,03                  |
| 2012-02 | 30        | \$1.727.784,00       | \$45.744,00                | \$0,00                | \$0,00         | 93,110000 | 76,190000   | 1,22             | \$2.167.386,69         | \$65.021.600,77                  |
| 2012-03 | 30        | \$1.727.784,00       | \$45.744,00                | \$0,00                | \$0,00         | 93,110000 | 76,190000   | 1,22             | \$2.167.386,69         | \$65.021.600,77                  |
| 2012-04 | 30        | \$1.727.784,00       | \$45.744,00                | \$0,00                | \$0,00         | 93,110000 | 76,190000   | 1,22             | \$2.167.386,69         | \$65.021.600,77                  |
| 2012-05 | 30        | \$2.113.655,00       | \$45.744,00                | \$0,00                | \$0,00         | 93,110000 | 76,190000   | 1,22             | \$2.638.950,53         | \$79.168.515,90                  |
| 2012-06 | 30        | \$1.814.173,00       | \$45.744,00                | \$1.035.251,00        | \$0,00         | 93,110000 | 76,190000   | 1,22             | \$3.538.116,45         | \$106.143.493,56                 |
| 2012-07 | 30        | \$1.814.173,00       | \$45.744,00                | \$0,00                | \$0,00         | 93,110000 | 76,190000   | 1,22             | \$2.272.960,65         | \$68.188.819,48                  |
| 2012-08 | 30        | \$1.814.173,00       | \$45.744,00                | \$0,00                | \$0,00         | 93,110000 | 76,190000   | 1,22             | \$2.272.960,65         | \$68.188.819,48                  |
| 2012-09 | 30        | \$1.814.173,00       | \$45.744,00                | \$0,00                | \$0,00         | 93,110000 | 76,190000   | 1,22             | \$2.272.960,65         | \$68.188.819,48                  |
| 2012-10 | 30        | \$1.814.173,00       | \$45.744,00                | \$0,00                | \$0,00         | 93,110000 | 76,190000   | 1,22             | \$2.272.960,65         | \$68.188.819,48                  |

<sup>1</sup> Para quienes se jubilen a partir del primero de enero de 2017, 100 % del promedio mensual de lo percibido en los cuatro últimos años de servicio.

| PERIODO | #<br>DÍAS | ASIGNACIÓN<br>BASICA | AUXILIO DE<br>ALIMENTACIÓN | PRIMA DE<br>SERVICIOS | VACACIONES     | IPC FINAL | IPC INICIAL | IPC<br>ACUMULADO | SALARIO<br>ACTUALIZADO | SALARIO<br>ACTUALIZADO X<br>DÍAS |
|---------|-----------|----------------------|----------------------------|-----------------------|----------------|-----------|-------------|------------------|------------------------|----------------------------------|
| 2012-11 | 30        | \$1.814.173,00       | \$45.744,00                | \$0,00                | \$2.525.440,00 | 93,110000 | 76,190000   | 1,22             | \$5.359.241,24         | \$160.777.237,28                 |
| 2012-12 | 30        | \$967.559,00         | \$45.744,00                | \$1.310.362,00        | \$0,00         | 93,110000 | 76,190000   | 1,22             | \$2.839.696,13         | \$85.190.883,90                  |
| 2013-01 | 30        | \$846.614,00         | \$21.347,00                | \$0,00                | \$0,00         | 93,110000 | 78,050000   | 1,19             | \$1.035.436,88         | \$31.063.106,49                  |
| 2013-02 | 30        | \$1.814.173,00       | \$45.744,00                | \$0,00                | \$0,00         | 93,110000 | 78,050000   | 1,19             | \$2.218.794,00         | \$66.563.820,07                  |
| 2013-03 | 30        | \$1.814.173,00       | \$45.744,00                | \$0,00                | \$0,00         | 93,110000 | 78,050000   | 1,19             | \$2.218.794,00         | \$66.563.820,07                  |
| 2013-04 | 30        | \$1.814.173,00       | \$45.744,00                | \$0,00                | \$0,00         | 93,110000 | 78,050000   | 1,19             | \$2.218.794,00         | \$66.563.820,07                  |
| 2013-05 | 30        | \$1.814.173,00       | \$45.744,00                | \$0,00                | \$0,00         | 93,110000 | 78,050000   | 1,19             | \$2.218.794,00         | \$66.563.820,07                  |
| 2013-06 | 30        | \$2.056.161,00       | \$45.744,00                | \$1.059.786,00        | \$0,00         | 93,110000 | 78,050000   | 1,19             | \$3.771.749,51         | \$113.152.485,21                 |
| 2013-07 | 30        | \$1.858.439,00       | \$45.744,00                | \$0,00                | \$2.686.302,00 | 93,110000 | 78,050000   | 1,19             | \$5.476.233,93         | \$164.287.017,94                 |
| 2013-08 | 30        | \$61.948,00          | \$1.525,00                 | \$0,00                | \$0,00         | 93,110000 | 78,050000   | 1,19             | \$75.720,32            | \$2.271.609,62                   |
| 2013-09 | 30        | \$1.734.543,00       | \$43.113,00                | \$0,00                | \$0,00         | 93,110000 | 78,050000   | 1,19             | \$2.120.660,48         | \$63.619.814,28                  |
| 2013-10 | 30        | \$1.858.439,00       | \$46.192,00                | \$0,00                | \$0,00         | 93,110000 | 78,050000   | 1,19             | \$2.272.135,71         | \$68.164.071,39                  |
| 2013-11 | 30        | \$1.858.439,00       | \$46.192,00                | \$0,00                | \$0,00         | 93,110000 | 78,050000   | 1,19             | \$2.272.135,71         | \$68.164.071,39                  |
| 2013-12 | 30        | \$1.858.439,00       | \$46.192,00                | \$1.339.592,00        | \$0,00         | 93,110000 | 78,050000   | 1,19             | \$3.870.206,32         | \$116.106.189,70                 |
| 2014-01 | 30        | \$1.858.439,00       | \$46.192,00                | \$0,00                | \$0,00         | 93,110000 | 78,050000   | 1,19             | \$2.272.135,71         | \$68.164.071,39                  |
| 2014-02 | 30        | \$1.858.439,00       | \$46.192,00                | \$0,00                | \$0,00         | 93,110000 | 79,560000   | 1,17             | \$2.229.011,97         | \$66.870.359,13                  |
| 2014-03 | 30        | \$1.858.439,00       | \$46.192,00                | \$0,00                | \$0,00         | 93,110000 | 79,560000   | 1,17             | \$2.229.011,97         | \$66.870.359,13                  |
| 2014-04 | 30        | \$1.858.439,00       | \$46.192,00                | \$0,00                | \$2.439.334,00 | 93,110000 | 79,560000   | 1,17             | \$5.083.793,13         | \$152.513.793,80                 |
| 2014-05 | 30        | \$1.280.912,00       | \$27.715,00                | \$0,00                | \$254.613,00   | 93,110000 | 79,560000   | 1,17             | \$1.829.478,08         | \$54.884.342,53                  |
| 2014-06 | 30        | \$884.097,00         | \$21.446,00                | \$1.392.122,00        | \$0,00         | 93,110000 | 79,560000   | 1,17             | \$2.688.984,27         | \$80.669.527,96                  |
| 2014-07 | 30        | \$1.894.493,00       | \$46.192,00                | \$0,00                | \$0,00         | 93,110000 | 79,560000   | 1,17             | \$2.271.206,39         | \$68.136.191,69                  |
| 2014-08 | 30        | \$1.894.493,00       | \$46.192,00                | \$0,00                | \$0,00         | 93,110000 | 79,560000   | 1,17             | \$2.271.206,39         | \$68.136.191,69                  |
| 2014-09 | 30        | \$1.894.493,00       | \$46.192,00                | \$0,00                | \$0,00         | 93,110000 | 79,560000   | 1,17             | \$2.271.206,39         | \$68.136.191,69                  |
| 2014-10 | 30        | \$1.894.493,00       | \$45.744,00                | \$0,00                | \$0,00         | 93,110000 | 79,560000   | 1,17             | \$2.270.682,09         | \$68.120.462,70                  |
| 2014-11 | 30        | \$1.894.493,00       | \$45.744,00                | \$0,00                | \$0,00         | 93,110000 | 79,560000   | 1,17             | \$2.270.682,09         | \$68.120.462,70                  |
| 2014-12 | 30        | \$1.894.493,00       | \$45.744,00                | \$1.081.885,00        | \$0,00         | 93,110000 | 79,560000   | 1,17             | \$3.536.824,78         | \$106.104.743,37                 |
|         | 1440      |                      |                            |                       |                |           |             |                  |                        | \$<br>3.676.807.482,08           |

|                          |                       |
|--------------------------|-----------------------|
| VALOR<br>PENSIÓN<br>2017 | <b>\$2.553.338,53</b> |
|--------------------------|-----------------------|

Conforme con lo anterior, el valor de la primera mesada pensional para el año 2017 equivale a la suma de \$2.553.338,53, razón por la cual le asiste razón a la apoderada de la parte actora en lo concerniente a que el valor de la mesada pensional es superior a la determinada por el Juzgado, pero no en el valor que reclama, motivo suficiente para modificar la condena. Para el año 2018 la mesada pensional asciende a la cantidad de \$2.657.770,08.

- **Sobre los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993**

Frente a los intereses moratorios, la Sala confirmara la decisión absoluta por cuanto este concepto solo aplica en tratándose de

prestaciones de carácter legal concedidas a partir de la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones y no en pensiones de jubilación convencionales, como la que aquí se estudia (SL1681-2020, SL205-2022 SL945-2022, entre otras). Tampoco procede condena por intereses moratorios después de ejecutoriada la sentencia, por no existir fundamento normativo alguno que disponga erogación en esos términos.

#### **- Sobre la excepción de prescripción**

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

Así las cosas, se advierte que **HÉCTOR EMILIO ZAPATA ARANGO** le solicitó a la UGPP el reconocimiento de la pensión jubilación el 27 de marzo de 2017, quien mediante Resolución RDP024278 del 08 de junio de 2017 negó la prestación reclamada (*pág. 29 a 32 archivo “01DemandayAnexos”*), decisión contra la cual se presentó recurso de apelación y la UGPP a través de la Resolución RDP030632 del 31 de julio de 2017, notificada el 03 de agosto siguiente, confirmó en todas y cada una de sus partes la resolución inicial (*pág. 35 a 38 archivo “01DemandayAnexos”*); por lo tanto, el demandante tenía plazo para presentar la demanda ordinaria laboral hasta el 03 de agosto de 2020, para evitar que las mesadas pensionales se extinguieran por el paso del tiempo.

No obstante, el actor radicó nuevamente solicitud de pensión jubilación el 16 de octubre de 2020 ante el PARIIS (*pág. 165 archivo “08ContestacionDemandaUgpp”*) y dicha entidad le dio traslado por competencia a la UGPP (*pág. 163 a 164 archivo*

*“08ContestacionDemandaUgpp”*), quien en providencia ADP002019 del 12 de abril de 2021 determinó que no era procedente realizar un nuevo estudio de la prestación (*pág. 12 a 11 archivo “08ContestacionDemandaUgpp”*). Siendo ello así, tan solo con la presentación de la demanda radicada el 13 de julio de 2021 (*02ActaDeReparto-SECUENCIA 10971*), se puede tener por válida la interrupción del fenómeno prescriptivo, razón por la cual se encuentran prescritas las mesadas pensionales causadas tres años antes a esa fecha, lo que conlleva a la confirmación de la condena, pues el *a quo* ordenó el pago de la prestación a partir del 1° de julio de 2018, dado que sobre los restantes días, generados hasta el 13 de julio siguiente, no se encuentran afectados por la prescripción extintiva.

Por otra parte, se adicionará la sentencia de primera instancia en el sentido de autorizar a la accionada UGPP para que del retroactivo adeudado descuente el porcentaje de cotización que corresponda, con destino al sistema de seguridad social en salud, conforme los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994, tal y como ha señalado la H. CSJ en las sentencias SL2557-2020, y SL5181 de 2020, entre otras.

Sin costas en esta instancia.

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

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

## RESUELVE

**PRIMERO: MODIFICAR** el ordinal primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de DECLARAR que el demandante **HÉCTOR EMILIO ZAPATA ARANGO** tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional, de carácter compartida, establecida en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo 2001- 2004 suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL, a partir del 10 de enero de 2017 en cuantía inicial de \$2.553.338,53, sobre 13 mesadas anuales, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia y en su lugar CONDENAR a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL UGPP** a reconocer y pagar a **HÉCTOR EMILIO ZAPATA ARANGO** el retroactivo pensional a partir del 1° de julio de 2018, en cuantía de \$2.657.770,08, junto con los respectivos reajustes anuales y la indexación de cada una de las mesadas pensionales desde la fecha de exigibilidad de cada una de ellas hasta el pago efectivo y la inclusión en nómina de la prestación, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**TERCERO: ADICIONAR** la sentencia de primera instancia en el sentido de autorizar a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** a descontar del retroactivo pensional el valor de los aportes de salud a cargo del pensionado, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

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

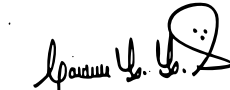
**QUINTO: SIN COSTAS** en segunda instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
**Magistrada.** Con salvamento de voto

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
**Magistrada.**



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

## **SALVAMENTO DE VOTO**

DEMANDANTE: HECTOR EMILIO ZAPATA ARANGO

DEMANDADA: UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN  
PENSIONAL Y PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL -UGPP-

**RADICADO:** 11001 31 05 021 2021 00350 01

## **MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

A continuación, se expresa las razones del salvamento de voto.

La pretensión es la aplicación de la norma convencional contenida en el artículo 98 de la Convención colectiva suscrita entre el sindicato de trabajadores y el Instituto de Seguros Sociales, a fin de que se reconozca la pensión convencional a partir del 10 de enero de 2017 y la reliquidación de la pensión de vejez que actualmente devenga.

Es de recordar que respecto del acto legislativo 1 de 2005, la Corte Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse en la sentencia SU-555 de 2014, en la cual analizó las recomendaciones al gobierno colombiano del Consejo de Administración la OIT y respecto a la primera, esto es, que *“adopte las medidas necesarias a fin de que los convenios colectivos que contienen cláusulas sobre pensiones, cuya vigencia va más allá del 31 de julio de 2010, mantengan sus efectos hasta su vencimiento”*; concluyó después de realizar el análisis correspondiente en el numeral 3.7.7. lo siguiente: *“De manera que la primera recomendación de la OIT no cobija: (i) a los trabajadores que soliciten pensiones consagradas en nuevos pactos o convenciones celebrados después de la entrada en vigencia del Acto Legislativo; o, (ii) a aquellos que cumplen los requisitos para acceder a la prestación convencional con posterioridad al 31 de julio de 2010, pues no pueden alegar que esperaban recibir pensiones especiales en la medida que para ese momento ya se encontraban vigentes las nuevas reglas constitucionales, por lo tanto sería menos que una expectativa”*.

Criterio que ya ha sido aplicado por la Corte Suprema de Justicia, cuando analizó la convención del ISS y el sindicato en la sentencia 29 nov. 2011, rad. 39808, reiterada en sentencia SL 4963-2016, radicación 56303, cuando señaló como fecha límite de dicha convención la fecha señalada en el acto legislativo 1 de 2005, esto es, hasta el 31 de julio de 2010, al encontrarse afectada por dicho acto legislativo, siendo este criterio coherente con la intención del legislador que estableció el mencionado límite para las reglas pensionales convencionales.

En el presente caso no hay discusión de que la demandante no cumplió con los

requisitos exigidos en el inciso primero del artículo 98 de la Convención Colectiva, esto es, edad y tiempo de servicios antes del 31 de julio de 2010, fecha límite impuesta por el Acto Legislativo 1 de 2005, ya que el requisito de edad lo cumplió el 30 de septiembre de 2011.

Si bien no se desconoce la sentencia SL3635-2020, radicación 74271, del 16 de septiembre de 2020, y otras emitidas por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, es de anotar que se comparte los salvamentos de voto porque el parágrafo del Acto Legislativo 1 de 2005 si bien contempla dos situaciones, al final del mismo señala que las reglas de carácter pensional en todo caso perderán vigencia el 31 de julio de 2010, dado que lo que se ha tratado desde el año 1993 con la expedición de la Ley 100 es el garantizar en general a los ciudadanos la seguridad social y no extender de manera indefinida privilegios para unos pocos, lo que afecta los principios de eficiencia, universalidad, solidaridad, integralidad, unidad y participación que rigen el sistema de seguridad social integral.

Adicional a ello, no se puede desconocer que la cláusula 98 de la Convención Colectiva incumple los presupuestos legales y las orientaciones del documento CONPES 3104 señaladas para la negociación de las convenciones colectivas en el año 2001, ya que de manera expresa se indicaba que las entidades públicas, naturaleza que ostentaba el ISS para esa fecha, debían de abstenerse de negociar nuevos esquemas de pensiones y prestaciones diferentes a los regímenes generales establecidos en la Ley 100 de 1993, aunado a que se debía asegurar el cumplimiento de la Ley 617 de 2000.

Nótese que se incumple con dicho documento cuando se establece un requisito de edad inferior al señalado en el régimen general de la ley 100 de 1993 y una tasa de reemplazo diferente, aunado que señalaba las condiciones hasta para el año 2017, sin contar con los esquemas de financiación correspondiente.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No.23-2021-00583-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación presentado por la apoderada de **BLANCA MIRYAM DAVID SALAZAR**, contra la sentencia del 23 de mayo de 2022 proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, que declaró probada la excepción de cosa juzgada, absolvió a las demandadas de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora (*min. 17:16 archivo “AUDIENCIA EXP. 023-2021-00583-20220523\_081819 – grabación de la reunión” carpeta 17 AUDIENCIA*).

**I. ANTECEDENTES**

• **DEMANDA**

**BLANCA MIRYAM DAVID SALAZAR** llamó a juicio a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** con el fin de que se declare que tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación conforme con la Convención Colectiva de Trabajo existente en el ISS y, en

consecuencia, se condene a la UGPP a reconocer y pagar los beneficios de la convención a partir del 1° de julio de 2015, a pagar el mayor valor entre la pensión legal pagada por COLPENSIONES y la pensión convencional, junto con intereses moratorios, indexación, costas y condenas ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pretensiones en que se afilió al Régimen de Prima Media con Prestación Definida-RPM el 15 de julio de 1987 y laboró para el ISS durante 25 años, 1 mes y un día como trabajadora oficial; que entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL se suscribió convención colectiva de trabajo el 31 de octubre de 2001; que COLPENSIONES mediante Resolución SUB257414 del 28 de septiembre de 2018, le reconoció pensión de vejez conforme Ley 797 de 2003, en cuantía de \$1.226.171 con una tasa de remplazo del 67.33%; que el 18 de febrero y 12 de marzo de 2021 les solicitó a las demandadas la reliquidación de la pensión vejez y el pago del mayor valor, sin que a la fecha de la presentación de la demanda haya recibido respuesta (*pág. 3 a 13, archivo “DemandaAnexos\_pagenumbers (1)”*).

#### • CONTESTACIÓN DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones condenatorias. Aceptó la afiliación de la demandante en el RPM y su edad, el reconocimiento de la pensión vejez y su cuantía. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *falta de legitimación en la causa por pasiva*, carencia de causa para demandar, prescripción, inexistencia de intereses moratorios e indexación, buena fe, compensación y la innominada o genérica (*pág. 4 a 11, archivo “ContestacionDemandaColpensiones”*).

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** se opuso a las pretensiones. Aceptó

los hechos relacionados con la vinculación de la demandante como trabajadora del ISS, su edad, el tiempo laborado, la existencia de la convención colectiva entre el ISS y SINTRASEGURIDADSOCIAL, el reconocimiento pensional efectuado por COLPENSIONES, el valor de la mesada, los actos administrativos expedidos y la solicitud presentada. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y propuso las excepciones de *inexistencia de la obligación demandada y cobro de lo no debido*, prescripción, incompatibilidad de los intereses de mora con la indexación, sobre la condena en costas y la innominada o genérica (pág. 5 a 13, archivo “RecursoReposicion\_pagenummer”).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 17:16, archivo “AUDIENCIA EXP. 023-2021-00583...”)

El 23 de mayo de 2022, el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

**(...) PRIMERO:** DECLARAR probada la excepción de cosa juzgada frente a lo aquí pretendido en atención a la sentencia proferida dentro del proceso ordinario laboral radicación 2018-00251 seguido por la aquí demandante Blanca Miryam David Salazar contra la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social UGPP y en consecuencia absolver a las demandadas UGPP y Colpensiones de todas las pretensiones incoadas en la demanda. **SEGUNDO:** CONDENAR en costas a la parte demandante a favor de las demandadas UGPP y Colpensiones (...)

El juzgado fijó el problema jurídico en determinar si la demandante tenía derecho a la pensión de jubilación convencional prevista en el artículo 98 de la Convención Colectiva suscrita entre el SEGURO SOCIAL y SINTRASEGURIDAD SOCIAL el 31 de octubre de 2001, la procedencia de intereses moratorios o indexación y la compartibilidad de la prestación con la pensión reconocida por COLPENSIONES.

Para resolver indicó que **BLANCA MIRYAM DAVID SALAZAR** adelantó un proceso ordinario en contra de la UGPP bajo radicado

2018-00251, en el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá, a través de la cual solicitó el reconocimiento de la pensión convencional, en el trámite de dicha actuación se absolvió a la parte demandada; que en ese expediente la demandante interpuso recurso extraordinario de casación, declarado desierto por falta de sustentación, por lo anterior dedujo que existía identidad de partes, hechos y pretensiones y, en consecuencia, declaró probada la excepción de cosa juzgada.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Adujo que a pesar de que en el primer proceso se solicitó el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional, en el presente asunto no se solicita el reconocimiento del 100% de la pensión sino un 32.67%, es decir, la diferencia entre la pensión reconocida por COLPENSIONES y el mayor valor que debe reconocer la UGPP en virtud de la compartibilidad pensional, además que al existir la vinculación de una parte adicional como lo es COLPENSIONES considera que no se dan los presupuestos para declarar la excepción de cosa juzgada (*min. 18:06, archivo "AUDIENCIA EXP. 023-2021-00583-20220523\_081819 – grabación de la reunión" carpeta 17 AUDIENCIA*).

### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado principal de la demandante solicitó la revocatoria de la sentencia y en su lugar se ordene el reconocimiento de la diferencia en un porcentaje del 32.67%.

Por su parte, los apoderados de **COLPENSIONES** y **UGPP** solicitaron la confirmación del fallo de primera instancia.

## V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

## VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si en el presente asunto operó el fenómeno de la cosa juzgada, de no ser así se estudiará si a la demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión convencional y su carácter compatible con la pensión de vejez reconocida por **COLPENSIONES**.

## VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) BLANCA MIRYAM DAVID SALAZAR** nació el 11 de septiembre de 1961 (*pág. 14, archivo “DemandaAnexos\_pagenumbers (1)”*); **ii) COLPENSIONES** a través de la Resolución SUB257414 del 28 de septiembre de 2018 le reconoció a la accionante pensión de vejez en cuantía de \$1.226.171 a partir del 11 de septiembre de 2018 (*pág. 64 a 71, archivo “DemandaAnexos\_pagenumbers (1)”*); **iii)** y la demandante laboró para el ISS desde el 26 de diciembre de 1989 al 30 de diciembre de 2014 (*pág. 23 a 31, archivo “ExpedienteAdministrativo\_pagenumbers”*).

### - **Sobre la excepción de cosa juzgada.**

Para resolver la controversia, es pertinente indicar que el artículo 303 del CGP asigna el efecto de cosa juzgada a las decisiones que se han pronunciado sobre el mismo objeto (frente a iguales pretensiones), por los mismos hechos (la misma causa), cuando existe identidad jurídica entre las partes. Esta figura fue instituida con el fin de evitar

la adopción de decisiones judiciales que implicarían una nueva revisión de asuntos ya resueltos de fondo por la jurisdicción.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que para que se predique el fenómeno de la cosa juzgada, debe existir entre ambos procesos identidad: (i) de personas o sujetos (*eadem personae*), de modo que se trate del mismo demandante y del mismo demandado; (ii) de objeto o cosa pedida (*eadem res*), esto es, del beneficio jurídico que se solicita o reclama (no el objeto material), y (iii) de causa de pedir (*eadem causa petendi*), es decir, el hecho material, que sirve de fundamento al derecho reclamado (CSJ SL 39366-2012, SL6097-2015 y SL470-2019, entre otras).

### **CASO CONCRETO**

Teniendo en cuenta el anterior referente normativo y jurisprudencial, una vez revisado el expediente la Sala concluye que en el presente asunto operó la excepción de cosa juzgada. En efecto, en el proceso tramitado por el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del circuito de Bogotá mediante radicado 11001310503520180025100 (*pág. 42 a 64, archivo “ExpedienteAdministrativo\_pagenumbers”*) que finalizó con sentencia del 11 de marzo de 2019 (*pág. 133 a 134, archivo “ExpedienteAdministrativo\_pagenumbers”*), decisión confirmada por esta Corporación en providencia del 29 de abril de 2019 (*pág. 108 a 111, 135 y 136 archivo “ExpedienteAdministrativo\_pagenumbers”*) se absolvió a la UGPP de las pretensiones de la demanda. En dicho proceso la controversia principal, radicaba en el reconocimiento de la pensión con fundamento en la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre el ISS y SITRASEGURIDADSOCIAL.

Ahora bien, en el proceso que nos ocupa, la parte demandante solicitó el reconocimiento y pago de la pensión convencional con fundamento en la misma convención colectiva, luego de lo cual reclama se declare su carácter compatible con la prestación pensional que recibe

actualmente de COLPENSIONES (pág. 3 a 13, archivo “DemandaAnexos\_pagenumber (1)”).

De los textos referidos, resulta claro para la Sala que el Juzgado Treinta y Cinco (35) Laboral del Circuito de Bogotá zanjó la controversia relacionada con el reconocimiento de la pensión de jubilación convencional que se reclama en este proceso y por ello es dable concluir que operó la excepción de cosa juzgada, pues se advierte la identidad de objeto, causa y partes entre este juicio y el tramitado en la sede judicial referida. Y el hecho de que se haya incluido un nuevo sujeto como parte procesal, COLPENSIONES, y una nueva pretensión, compartibilidad, no le resta ineficacia a este fenómeno jurídico pues la pretensión principal sigue siendo la misma, tal y como quedó plasmado en la fijación del litigio por parte del *a quo*.

Precisa la Sala, para responder el argumento de apelación que plantea la parte demandante, que, del núcleo de la causa, es decir los hechos debatidos y de las pretensiones de ambos expedientes, se evidencia una identidad esencial, de la cual se puede inferir razonablemente que la segunda acción busca replantear la misma cuestión litigiosa, configurándose el efecto de cosa juzgada respecto de la decisión inicialmente adoptada. Y si bien en el presente asunto las pretensiones se plantean de una manera sutilmente distinta, en cuanto se reclama únicamente el 32.67% de la prestación por efectos de la compartibilidad pensional, en el fondo lo que se pretende es obtener la existencia del derecho a la pensión de jubilación convencional, sobre la cual ya hubo pronunciamiento con carácter definitivo de autoridad judicial competente.

Así las cosas, es acertada la decisión del juez de primera instancia que declaró probada la excepción de cosa juzgada y por ello se confirmará en su integridad.

Sin costas en esta instancia.

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

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

### **RESUELVE**

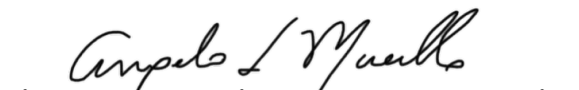
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en segunda instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No.24-2017-00728-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante **HERMENCIA PARRA CORREDOR** contra la sentencia del 25 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá que absolvió al demandado de todas y cada una de las pretensiones y condenó en costas a la parte actora (*min. 15:27, archivo “1001310502420170072800\_L110013105024CSJVirtual\_01\_20211125\_160000\_V 1”*).

**I. ANTECEDENTES**

• **DEMANDA**

**HERMENCIA PARRA CORREDOR** llamó a juicio a **LUIS HERNANDO PARRA** con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo y la terminación injusta del mismo y, en consecuencia, se condene al pago de prestaciones sociales, vacaciones, dominicales, indemnización por despido, sanción por no pago de intereses a las cesantías, sanción por no consignación de cesantías a un fondo, pago de aportes a pensión, condenas por facultades extra y ultra *petita*, costas y agencias en derecho.

Fundamentó sus pretensiones en que desde el 10 de agosto de 2014 se vinculó como trabajadora a órdenes de **LUIS HERNANDO PARRA**, en un local de propiedad de éste, hasta el 15 de abril de 2017, mediante un contrato verbal, devengando como último salario \$1.232.000; que el trabajo lo realizó de forma personal, obedeciendo las instrucciones del patrono y cumpliendo horario de trabajo tres días a la semana de 5:00 pm a 7:00 am; que el 15 de abril de 2017 le fue terminado el contrato de trabajo sin mediar justa causa y el demandado no la afilió a seguridad social y le adeuda las prestaciones e indemnizaciones correspondientes (*fls.4 a 10 y 16 a 22, expediente físico*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

Mediante providencia del 19 de julio de 2019, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá ordenó el emplazamiento del demandado y el nombramiento de curador ad-litem (*fl. 41, expediente físico*), publicación que se llevó a cabo el 14 de septiembre de 2019 (*fl. 46, expediente físico*). El curador al contestar la demanda, en nombre y representación de **LUIS HERNANDO PARRA**, frente a las pretensiones manifestó que se limitada a lo que resultara probado en el proceso, expresó que los hechos no le constaban y propuso la excepción innominada o genérica (*fls. 53 y 54, expediente físico*).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

(*Min. 15:27, archivo "1001310502420170072800\_L110013105024C..."*)

El 25 de noviembre de 2021, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO: ABSOLVER** al señor LUIS HERNANDO PARRA de todas y cada una de las pretensiones que fueran incoadas en su contra por la señora HERMENCIA PARRA CORREDOR, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído. **SEGUNDO: DECLARAR** probada de oficio las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, de acuerdo a lo expuesto en la parte motiva del presente proveído. **TERCERO: CONDENAR** en costas a la demandante a favor del demandado. Por secretaría, liquídense incluyendo en ellas la suma de \$50.000 como valor en que se estiman las agencias en derecho. **CUARTO: CONSULTAR** esta providencia ante la Sala de Decisión Laboral del

*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, a favor de la demandante en caso de que no se interponga recurso de apelación.”*

Para resolver la Juez indicó que la demandante no logró acreditar la prestación del servicio a favor de **LUIS HERNANDO PARRA**, pues del testimonio de Nidia Ariza Peña no se deduce los tiempos en que se llevó a cabo los servicios generales prestados y mencionó que el propietario del hostel y quien pagaba la remuneración era Luis Alirio Parra, hermano del demandado, por lo que concluyó que los medios de prueba eran insuficientes para demostrar la efectiva prestación del servicio a favor de quien se vinculó en este proceso como accionado, quedando huérfanas las suplicas de la demanda por falta de fundamento factico y jurídico y dado que la demandante no vinculó de forma acertada al presunto empleador.

### **III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

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

### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto 806 de 2020 las partes no presentaron alegatos en esta instancia.

### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

## **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

Le corresponde a la Sala determinar si la demandante demostró haber prestado servicios personales subordinados a favor del demandado y, de ser así, verificar los demás elementos de la existencia del contrato de trabajo y la procedencia o no de las prestaciones económicas reclamadas.

## **VII. CONSIDERACIONES**

- **Acerca del principio de prevalencia de la realidad sobre las formas jurídicas y el contrato realidad.**

El artículo 53 constitucional, consagró la prevalencia de la realidad sobre las formas en el ámbito laboral; por su parte, el artículo 22 del CST señaló que el contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar su servicio personal a otra persona bajo su continua dependencia o subordinación a cambio de un salario; a su vez, el artículo 23 del CST, establece que los elementos esenciales del contrato de trabajo son la actividad personal, la continua subordinación y un salario como retribución del servicio, por lo que una vez reunidos dichos elementos existe el contrato y no deja de serlo por el nombre que se le dé ni por las condiciones o modalidades que se le agreguen.

Al respecto, el artículo 24 del CST, consagró la presunción legal de que todo trabajo personal lo rige un contrato de trabajo. Conforme la anterior norma, la Sala de Casación Laboral de la H. CSJ ha determinado que incumbe al promotor del proceso acreditar la sola prestación personal del servicio para beneficiarse de dicha presunción, correspondiendo a la parte pasiva desvirtuarla acreditando que no se cumplen los elementos restantes, a saber, remuneración y subordinación, por cuanto de no hacerlo procede la declaratoria del contrato de trabajo, conforme reiteró recientemente en las sentencias SL1166 de 2018, SL2480 de 2018, SL1676 de 2019, SL2608 de 2019, SL728 de 2021, entre otras.

Igualmente, la misma Corporación ha reiterado que es fundamental determinar si existió o no subordinación, entendida como la facultad de

exigir el cumplimiento de órdenes, en cualquier momento, sobre el modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponer reglamentos. Para ello, debe valorarse si la actividad se ejerció o no de forma autónoma e independiente, sin que las instrucciones para desarrollar actividades, coordinar horarios, solicitar informes o medidas de supervisión o vigilancia impliquen necesariamente la subordinación laboral, siempre y cuando con las mismas no se desborde la autonomía e independencia de quien no es trabajador, conforme indicó en las sentencias SL5544 de 2014, SL2608 de 2019, SL4143 de 2019 y SL1111 de 2022, entre otras.

### **CASO CONCRETO**

Bajo los anteriores lineamientos normativos y jurisprudenciales, la Sala confirmará la decisión de primera instancia que negó las pretensiones de la demanda, pues revisado el escaso material probatorio allegado y recaudado en el juicio, se concluye que la demandante no demostró haber prestado servicios personales a favor de **LUIS HERNANDO PARRA**, razón por la cual no opera la presunción legal.

Para llegar a la anterior conclusión se observa que al expediente no se aportó prueba alguna que resulte útil al efecto. Del documento incorporado (*fl. 11, expediente físico*) nada se obtiene, pues corresponde a la constancia de no comparecencia del demandado a audiencia de conciliación laboral ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social del Ministerio de Trabajo el 06 de julio de 2017.

En audiencia celebrada el 12 de noviembre de 2021, se recaudó el interrogatorio a **HERMENCIA PARRA CORREDOR** quien se ratificó en los fundamentos fácticos relatados en el escrito de demanda y agregó que se encuentra pensionada desde hace un año (*min.24:46, archivo “11001310502420170072800s20210774865 11\_12\_2021 02\_57 PM UTC”*). También se recepcionó el testimonio de Nidia Ariza Peña (*min.24:46, archivo “11001310502420170072800s20210774865 11\_12\_2021 02\_57 PM UTC”*), quien manifestó haber trabajado en el Hostal Bacano, ubicado en el sector de La Candelaria en la ciudad de Bogotá, como recepcionista administrativa, que allí conoció a la

demandante quien trabajó en servicios generales durante 3 años, pero no recordó las fechas de ese vínculo. Sin embargo, la declarante precisó que ese Hostal era de propiedad de Luis Alirio Parra, hermano de **LUIS HERNANDO PARRA**, quien era el que daba las órdenes a la accionante y le pagaba el salario diario, por su intermedio.

Las declaraciones anteriores son contradictorias puesto que mientras que la demandante manifestó que LUIS HERNANDO PARRA fue quien la contrató y le pagó su salario, la testigo señaló que el dueño del Hostal y quien realizaba el pago diario a la actora era Luis Alirio Parra, persona distinta a la aquí demandada. Siendo ello así, no existe certeza de la prestación de servicios que dice la demandante desempeñó a favor de **LUIS HERNANDO PARRA**.

Precisa la Sala, que en los términos del artículo 167 del CGP le correspondía a la parte demandante probar de manera clara y sin lugar a dudas por lo menos la prestación personal del servicio, único elemento del que ha debido ocuparse para que operara la presunción del artículo 24 del CST a su favor. Si **HERMENCIA PARRA CORREDOR** pretendía que se declarara la existencia de un contrato de trabajo, por lo menos ha debido aportar las pruebas documentales o testimoniales que sustentaran su dicho, no obstante, ninguna prueba útil aportó para probar este supuesto.

Así las cosas y dado que de las pruebas aportadas al expediente no se establece que **HERMENCIA PARRA CORREDOR** hubiera prestado servicios en favor del demandado **LUIS HERNANDO PARRA**, se confirmará la decisión de primera instancia que llegó a la misma conclusión.

Sin costas en la instancia.

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

**RESUELVE**

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

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en segunda instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 24-2020-00421-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación de **PORVENIR S.A.** y **SKANDIA S.A.** y recurso de apelación y grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra el fallo del 03 de febrero de 2023, que declaró ineficaz la afiliación al RAIS y que para todos los efectos legales permanece en el RPM, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos e indexado, actualizar su historia laboral y se abstuvo de condenar en costas (01:57:20 archivo “23AudioAudiencia03Febrero2023”).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (Pág. 6 a 18 archivo “03Subsanacion”).**

**MARTHA CECILIA BAYONA GÓMEZ** solicitó declarar nulo o ineficaz su afiliación o traslado del RPM al RAIS y entre AFP, que esta válidamente vinculado al RAIS y actualizar su historia laboral, devolver el saldo de su CAIP sin descuentos, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 07 de diciembre de 1967; que el 1° de enero de 1996, se afilió al ISS; que en noviembre de 1997 se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.**, en

diciembre de 1998 se trasladó a **SKANDIA S.A.** y en noviembre de 2002 se vinculó a **PROTECCIÓN S.A.**, AFP que no suministraron información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. El 21 de abril de 2022, radicó petición a **PORVENIR S.A.** reclamando la capacitación del asesor, solicitud que nunca fue contestada; ese mismo día solicitó a **PROTECCIÓN S.A.** solicitando proyección pensional, siendo en RAIS de \$1.017.851 y en el RPM sería de \$4.215.000, finalmente solicitó su traslado al RPM, petición que negó **COLPENSIONES**.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la vinculación de la afiliada el 08 de octubre de 1998. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado hacia el RAIS porque se efectuó a través de otra AFP, no obstante, al momento de su vinculación brindó información de las características de cada régimen pensional, lo que sumado al conocimiento previo de la **DEMANDANTE** sobre el RAIS permitió a la afiliada conocer el alcance de permanecer en dicho régimen, lo cual aceptó de manera informada, de lo cual quedó constancia por escrito, sin que exista causal para dejar sin efectos tal vinculación. Interpuso las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, **SKANDIA** no participó en la selección de RPM, la **DEMANDANTE** no puede trasladarse por edad o tiempo cotizado, ausencia de causal de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso al momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, presupuestos fácticos del caso distintos al contexto de las sentencias invocadas, prescripción, buena fe y la genérica (Pág. 3 a 25 archivo “08ContestacionDemanda”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado y la fecha de vinculación a la

AFP, petición de 2022 y proyección pensional. Indicó que la afiliada se trasladó de AFP en 2002, por lo cual previamente ya había aceptado las características del RAIS y sus diferencias con el RPM, las cuales fueron reiteradas antes de la vinculación y tras ello mantuvo su decisión informada de permanecer en el mismo, por lo cual no se afectó la libertad de selección. Interpuso las excepciones de buena fe, inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración y prima de servicios y la genérica (Pág. 3 a 36 archivo “09ContestacionProteccion”).

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó como ciertos los hechos relativos a las peticiones de la afiliada. Indicó que de forma previa al traslado al RAIS, informó las características del RAIS y RPM, por lo cual la decisión fue libre e informada, sin que para la fecha del acto estuviera vigente el deber de doble asesoría o proyección de valor de la eventual mesada, las cuales fueron impuestas con el Decreto 2555 de 2010 y 2071 de 2015 y la Ley 1748 de 2015, sin que exista causal de nulidad o ineficacia del traslado de régimen pensional. Interpuso las excepciones de cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, prescripción y buena fe (Pág. 2 a 26 archivo “12ReiteraciónContestaciónPorvenir”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad de la afiliada y la reclamación administrativa. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS y la afiliada no acreditó las irregularidades alegadas en la demanda, por lo cual no hay causal para restar efectos al traslado, de otra parte, no procede el retorno al RPM por la restricción de traslado por edad y porque afecta la sostenibilidad financiera del sistema. Interpuso las excepciones de responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social,

inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante **COLPENSIONES**, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de **COLPENSIONES**, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica (Pág. 34 a 60 archivo “14ContestaciónDemandaColpensiones”).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:57:20 archivo “23AudioAudiencia03Febrero2023”).**

El 03 de febrero de 2023, el Juzgado 24 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación efectuada por la señora MARTHA CECILIA BAYONA GÓMEZ al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad a través de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., traslado que fue efectivo a partir del 28 de noviembre de 1997, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta decisión. SEGUNDO: DECLARAR que para todos los efectos legales la señora MARTHA CECILIA BAYONA GÓMEZ nunca se vinculó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, contrario a ello, siempre permaneció en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN donde se encuentra la DEMANDANTE a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora MARTHA CECILIA BAYONA GÓMEZ como cotizaciones, bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 CC, ello significa que debe trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el Fondo de Garantía de Pensión Mínima, comisiones y gastos de administración, debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, lo anterior conforme a lo expuesto en la parte motiva. CUARTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR y a SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS a devolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES los valores que haya deducido de los aportes efectuados por la DEMANDANTE a pensión por concepto de gastos de administración, debidamente indexados, conforme a lo motivado. QUINTO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a recibir a la señora MARTHA CECILIA BAYONA GÓMEZ como su afiliada, actualizar y corregir su historia laboral una vez reciba los dineros que le deben trasladar PORVENIR, SKANDIA y PROTECCIÓN. SEXTO: DECLARAR no probados los hechos sustento de las excepciones propuestas. SÉPTIMO: sin condena en costas. OCTAVO: SÚRTASE el grado jurisdiccional de consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES en el*

*evento que esa entidad no interponga recurso de apelación, lo anterior de conformidad con lo expuesto en el artículo 69 CPTSS. (...)”.*

La *a quo* fijó como problema jurídico establecer si el traslado del RPM al RAIS es ineficaz y la procedencia de las demás pretensiones.

Para resolver indicó que la selección libre de régimen posible solo se logra si se informan las características de cada uno y las consecuencias de permanecer en el uno u otro, siendo deber de la AFP brindar asesoría objetiva al potencial afiliado, sin que baste la mera firma de formularios preforma que solo acreditan consentimiento pero no que éste sea informado, por ende, declaró ineficaz el traslado al RAIS y subsecuentes traslado de AFP, conforme la regla jurisprudencial de la H. CSJ, ordenó trasladar el saldo de la CAIP sin descuentos e indexado y no condenó en costas.

### III. RECURSOS DE APELACIÓN.

La demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo. Indicó que la línea de la H. CSJ no se puede aplicar de forma homogénea en todo proceso y menos en el caso concreto donde el traslado al RAIS fue libre, voluntario, consciente y conforme la normatividad vigente de 1997 y el deber de información se desarrolló normativamente y jurisprudencialmente, por lo cual no se puede exigir a la AFP la rigurosidad señalada en el fallo, además la **DEMANDANTE** indicó que tuvo una asesoría de 30 minutos sobre las características del RAIS como rendimientos, CAIP y pensión anticipada, nunca pidió asesoría a la AFP y recibió doble asesoría sobre la prohibición de traslado por edad sin hacer nada, por tanto, si bien la AFP tiene responsabilidad profesional ello no libera la responsabilidad de la afiliada de indagar las consecuencias del traslado, carga que escapa a los asesores del fondo. En todo caso, es inequitativa la condena a devolver gastos de administración, al despojar a la AFP de sumas que generó con su administración diligente de la CAIP, que generó rendimientos y en ambos regímenes hay gastos de administración y seguros, siendo un porcentaje que no financia la pensión y devolverlos es un enriquecimiento sin justa causa y los seguros provisionales dieron

cobertura efectiva durante toda la vinculación de la **DEMANDANTE** cumpliendo su objetivo, a su vez el artículo 7 del Decreto 3995 de 2008 no señala los gastos y póliza en los valores a retornar por traslado. De confirmar el fallo, solicitó revocar la indexación porque los rendimientos cubren cualquier depreciación monetaria al ser muy superiores al valor de los aportes, por lo cual la condena genera una condena doble (01:59:45 archivo “23AudioAudiencia03Febrero2023”).

La demandada **SKANDIA S.A.** solicitó revocar la devolución de gastos de administración indexados. Indicó que no se puede desconocer que la AFP cumplió el deber administrar la CAIP y generó rendimientos, siendo el descuento de gastos y seguros un mandato legal conforme la Ley 100 de 1993, descuento que procede en ambos regímenes, además se debe efectuar una ponderación objetiva de la buena fe de la AFP, ya que **SKANDIA S.A.** no realizó el traslado, cumplió el objeto legal de los descuentos y hubo cobertura de IVM de forma permanente, ya se pagaron a la aseguradora y su pago desconoce las restituciones mutuas y trabajo de la AFP. De confirmar el fallo, solicitó revocar la indexación porque la corrección monetaria no fue objeto de debate probatorio ni discusión y la condena desconoce el artículo 29 constitucional y genera un enriquecimiento sin causa (02:08:35 archivo “23AudioAudiencia03Febrero2023”).

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Reitero los alegatos de conclusión y contestación de la demanda, siendo que la **DEMANDANTE** no tiene régimen de transición ni retornó al RPM cuando podía, por el contrario, efectuó múltiples traslados de AFP y la causa del proceso es solo una molestia económica y las condenas sobrecargan al RPM, más aún cuando no se demostró omisión en la información ni información errada cuando realizo de forma libre su traslado al RAIS (02:12:50 archivo “23AudioAudiencia03Febrero2023”).

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada del **DEMANDANTE** solicitó confirmar el fallo al ser conforme a derecho. Por su parte, la firma apoderada de **PORVENIR S.A.**, a través de la doctora Valentina Gómez Trujillo identificada con CC 1.012.459.669 y TP 366.614 del CSJ, solicitó revocar el fallo, alegando que no hay mérito para declarar ineficaz el traslado al RAIS, de confirmarse el fallo, indicó que no procede devolver gastos de administración y sumas previsionales. Agotado el término legal, los apoderados de las demás partes no presentaron alegatos.

#### **V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

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

#### **VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

#### **VII. PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación con **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

### VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la demandante **MARTHA CECILIA BAYONA GÓMEZ** nació el 07 de diciembre de 1967 (Pág. 19 archivo “*01DemandaAnexos202000421*”); *ii)* la **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 1° de enero de 1996 al 31 de octubre de 1997, cotizando 89,29 semanas (Pág. 108 a 112 archivo “*14ContestaciónDemandaColpensiones*”); *iii)* la **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** del 27 de noviembre de 1997, efectivo a partir del 1° de enero de 1998 (Pág. 33, 39 archivo “*12ReiteraciónContestaciónPorvenir*”); *iv)* la **DEMANDANTE** se trasladó a **SKANDIA S.A.** mediante formulario del 08 de octubre de 1998, efectivo desde el 1° de diciembre de 1998 (Pág. 82 archivo “*09ContestacionProteccion*”, Pág. 40 archivo “*08ContestacionDemanda*”); *v)* la **DEMANDANTE** se trasladó a la AFP ING hoy **PROTECCIÓN S.A.** mediante formulario del 14 de agosto de 2002, efectivo desde el 1° de octubre de 2002, AFP donde permanece vinculada y acumula 1092,28 semanas a abril de 2020 (Pág. 57, 82 archivo “*09ContestacionProteccion*”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz la afiliación al RAIS y que para todos los efectos legales permanece en el RPM, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos e indexado, actualizar su historia laboral y se abstuvo de condenar en costas. Contra la anterior decisión **PORVENIR S.A.**, **SKANDIA S.A.** y **COLPENSIONES** interpusieron recurso de apelación.

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

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

Para resolver lo pertinente, es preciso establecer el marco normativo relacionado con la libre selección de régimen pensional,

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE, PORVENIR S.A.** y demás **AFP DEMANDADAS** brindaran asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditaron porque solo allegaron los formularios de afiliación, sin que la firma de éste por el afiliado las exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que las referidas AFP no demostraron el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o posteriores traslados de AFP.

Respecto la reasesoría del 17 de octubre de 2014 aportada por **PROTECCIÓN S.A.**, remitida por correo electrónico el 17 de octubre de 2014, se observa que la AFP advirtió la fecha límite para retornar al RPM y que el monto pensional en dicho régimen sería superior, sin que la **DEMANDANTE** tomara decisión alguna (Pág. 46 a 50 archivo “09ContestacionProteccion”).

Así las cosas, con anterioridad a la restricción de traslado por edad se informó a la **DEMANDANTE** las consecuencias económicas negativas de permanecer en el RAIS, no obstante, el magistrado sustanciador acoge el criterio expuesto por la H. CSJ en la sentencia de tutela STL527 del 18 de enero de 2021 (NI 61.684), el cual revocó la sentencia de segunda instancia que profirió esta Corporación en el proceso 31-2018-00572-01, providencia que consideró que la AFP acreditó el deber de asesoría al informar al afiliado que la mesada en el RAIS sería inferior que en el RPM antes de la restricción de traslado por edad, por cuanto la H. CSJ consideró que dicha asesoría no subsanaba la falta de prueba de que al momento del traslado al RAIS la AFP cumpliera su deber de asesoría con el potencial afiliado, al tratarse de un hecho posterior al traslado de régimen pensional.

De otra parte, la **DEMANDANTE** en su interrogatorio se limitó a indicar que el asesor de **PORVENIR S.A.** se limitó a indicar que el RAIS era mejor que el RPM y que el fondo público se iba a acabar y si bien reconoció características propias del RAIS como la CAIP, rendimientos y posibilidad de pensión anticipada, no aceptó haber recibido asesoría comparativa entre los regímenes pensionales ni las consecuencias de su traslado al RAIS, manifestación que no beneficia a las **DEMANDADAS** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en los recursos de apelación, por cuanto el estudio de estos

casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

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

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

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para las **AFP DEMANDADAS** de devolver a

**COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, las **AFP DEMANDADAS** deben devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se modificará el alcance de la condena.

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral primero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** la ineficacia del traslado del RPM al RAIS efectuado por la demandante **MARTHA CECILIA BAYONA GÓMEZ** a través de vinculación a **PORVENIR S.A.** mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** del 27 de noviembre de 1997, efectivo a partir del 1° de enero de 1998, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el Numeral Tercero del fallo de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la **DEMANDANTE** junto con el bono pensional y

los rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de que la **AFP DEMANDADA** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

**TERCERO: MODIFICAR** el numeral cuarto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, causados por el tiempo de vinculación de la **DEMANDANTE** en dichas AFP. Al momento de que las **AFP DEMANDADAS** cumplan la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

**QUINTO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.

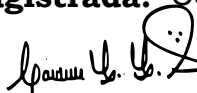
**SEXTO: SIN COSTAS** en esta instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada. Con aclaración de voto

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: MARTHA CECILIA BAYONA GOMEZ

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 024 2020 00421 01

## **MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

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

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

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

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No.25-2012-00172-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandante **ANA EMELINA LÓPEZ DE MUÑOZ** contra la sentencia del 07 de abril de 2022 proferida por el Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá que absolvió a la demandada de todas y cada una de las pretensiones y condenó en costas a la parte actora (*min. 13:34, archivo "08Audiencia04042022Fls180"*).

**I. ANTECEDENTES**

• **DEMANDA**

**ANA EMELINA LÓPEZ DE MUÑOZ** llamó a juicio a CAJANAL EICE hoy **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP** con el fin de que se declare que tienen derecho al reajuste pensional ordenado por el artículo 143 de la Ley 100 de 1993 y al pago del retroactivo, indexación o intereses moratorios, costas y agencias enderecho.

Fundamentó sus pretensiones en que CAJANAL le reconoció pensión de jubilación mediante Resolución No.11103 de 30 de octubre de 1984, con efectividad a partir del 19 de enero de 1981 y que el 22 de septiembre de 2019 presentó reclamación administrativa, sin que a la presentación de la demanda haya obtenido respuesta (*pág. 15 a 20, archivo "01ExpedienteDigitalFls1a1113"*).

- **CONTESTACIÓN DEMANDA**

El 04 de junio de 2013 se notificó por aviso a la UGPP, sin que en el término legal efectuara pronunciamiento por lo que, mediante providencia del 03 de octubre de 2016, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá tuvo por no contestada la demanda (pág.96 y 147, archivo “01ExpedienteDigitalFls1al113”).

En audiencia pública celebrada el 13 de marzo de 2017, el Juzgado Veinticuatro (24) Laboral del Circuito de Bogotá adelantó las etapas del artículo 77 del CPTSS, ordenando comunicar la existencia del proceso a la Procuraduría General de la Nación (min. 03:22, archivo “11001310502520120017200\_110013105025\_01\_01”), Ministerio Público que presentó escrito de intervención el 17 de octubre de 2017, formulando la excepción de prescripción (pág. 3 y 4, archivo “06ActaAudiencia12072017Fls123al179”).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

(Min. 13:34, archivo “08Audiencia04042022Fls180”)

El 07 de abril de 2022, el Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito Transitorio de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

**“PRIMERO: ABSOLVER** a la CAJA DE PREVISIÓN SOCIAL CAJANAL ya liquidada hoy a cargo de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP de todas y cada una las pretensiones incoadas por la señora ANA EMELINA LOPEZ DE MUÑOZ, conforme quedó explicado en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO:** Si no es apelada esta decisión, se dispone a consultarla ante la H. Sala Laboral del H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, conforme lo establece el artículo 69 del Código Procesal Laboral. **TERCERO:** Costas serán a cargo actora, tásense las agencias en derecho en la suma de \$100.000.”

Para resolver indicó que no hubo discusión respecto del reconocimiento pensional realizado por CAJANAL; que la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL2147 de 2017, señaló que este reajuste pensional opera por una sola vez en virtud de su carácter compensatorio, puesto que está orientado a mantener el valor real de las pensiones equivalente al valor del aporte por salud; que de conformidad con los documentos aportados en el expediente, al hacer los cálculos con la variación anual legal de la mesada pensional desde el año 1981 y

comparados con las mesadas pagadas, según histórico de pagos certificados por el FOPEP, con la certificación laboral expedida el 6 de julio de 1995 y los desprendibles allegados con la demanda, encontró que el monto de pensión de la actora no se afectó por los aportes a salud que ha realizado desde 1995, pues para esa fecha y antes de la reliquidación pensional, su mesada correspondía a la suma de \$141.131 que incrementada en un 7%, que corresponde al reajuste reclamado, sería de \$151.011 y según las documentales la actora recibió una mesada de \$185.557, por lo que concluyó que no es procedente ordenar los reajustes pretendidos pues la mesada pensional no se disminuyó por elevación de la cotización del aporte en salud.

### **III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

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

### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de la **UGPP** en su escrito de alegatos solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia. La parte demandante no presentó alegatos en esta instancia.

### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar si a la demandante le asiste el derecho al reajuste de la pensión de jubilación reconocida por CAJANAL, previsto en el artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

## VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** CAJANAL mediante Resolución No.11103 del 30 de octubre de 1984 le reconoció a **ANA EMELINA LÓPEZ DE MUÑOZ** pensión de jubilación en cuantía de \$10.119.29 a partir del 18 de enero de 1981 (*archivo “44-Acto administrativo con Notificación-Causante”, carpeta “04CuadernoAdministrativoFls121cd”*); **ii)** CAJANAL a través de Resolución No.012248 de 29 de abril de 1996 reliquidó la pensión de jubilación de la demandante elevando la cuantía de la mesada a la suma de \$226.351.21 a partir del 1° de abril de 1995 (*archivo “65-Acto administrativo con Notificación-Causante”, carpeta “04CuadernoAdministrativoFls121cd”*); **iii)** el 22 de septiembre de 2009 **ANA EMELINA LÓPEZ DE MUÑOZ** presentó reclamación administrativa ante BuenFuturo solicitando el reajuste pensional, (*pág. 11y 12, archivo “01ExpedienteDigitalFls1al113”*), entidad que el 06 de mayo de 2010 negó la prestación (*archivo “83-Comunicación de respuestas a consultas-Causante”, carpeta “04CuadernoAdministrativoFls121cd”*).

**- Sobre el reajuste a la pensión del artículo 143 de la Ley 100 de 1993:**

El artículo 143 de la Ley 100 de 1993 prevé que a quienes con anterioridad a 1° de abril de 1994 se les hubiere reconocido una pensión de vejez, jubilación, invalidez o muerte tendrán derecho a partir de dicha data a un reajuste en su pensión equivalente a la elevación en la cotización para salud. Por su parte, el inciso 2° del artículo 42 del Decreto 692 de 1994, que reguló dichos aumentos, previó que las entidades pagadoras de pensión efectuarán el reajuste entre la cotización que venía efectuando los pensionados y la nueva cotización del 8% sin exceder el 12%.

La H. Sala de Casación Laboral de la CSJ determinó en la sentencia Rad. 35.787 del 2 de junio de 2009 que deben acreditarse los siguientes requisitos para acceder a dicho beneficio, el cual solo procede por una vez: **i)** que la pensión de jubilación se haya reconocido antes del 1° de enero de 1994; **ii)** que se realice un descuento de la mesada pensional con destino a las empresas prestadoras del servicio de salud, el cual el

pensionado no estaba obligado a cubrir con anterioridad; *iii)* establecer el porcentaje del descuento de la mesada pensional por concepto de aporte a salud *iv)* a partir de qué periodo se empezó a realizar el descuento, y si para ese mismo momento no se realizó el reajuste ordenado por la ley. La anterior posición ha sido reiterada en las sentencias Rad. 41.376 del 29 de junio de 2011, SL12129 de 2014, SL592 de 2018, entre otras.

La misma Corporación ha dicho que la naturaleza del reajuste del artículo 143 de la Ley 100 de 1993 es compensatoria, en la medida en que tiene por objeto mantener el poder adquisitivo de las pensiones que, como consecuencia del incremento del porcentaje de los aportes por salud, se vieron afectadas (SL3431 de 2020). Y si la entidad pagadora del aporte realiza los ajustes necesarios para que el valor de la mesada pensional no se vea menguado con el incremento de la cotización a cargo exclusivamente del pensionado, tales como realizar un aumento del valor de la prestación o asumir de forma directa el mayor porcentaje del aporte, resulta improcedente acceder al reajuste pensional del artículo 143 de la Ley 100 de 1993.

### **CASO CONCRETO**

Descendiendo al caso bajo estudio, resulta relevante indicar que la demandante disfruta de una pensión de jubilación reconocida por CAJANAL desde el año 1984, por lo que cumple con el primer presupuesto normativo para la concesión de este beneficio. Sin embargo, se advierte que la finalidad del reajuste no fue aumentar la mesada que recibe el pensionado sino compensar la depreciación a que se vería abocado el beneficiario de una pensión como consecuencia del incremento en el monto de cotización para salud (CSJ SL4606-2017).

De suerte que le correspondía a la parte interesada acreditar que se realizó un descuento de la mesada pensional con destino a las empresas prestadoras del servicio de salud, que dicho descuento afectó el monto mensual recibido mes a mes y el momento a partir del cual se empezó a realizar dicha deducción, circunstancia que no aparece demostrada en este juicio por la parte actora, pues sus pedimentos se hicieron de forma

genérica sin indicar cuál fue el perjuicio sufrido, aspecto que resultaba relevante exponer puesto que, conforme con la respuesta otorgada por la BuenFuturo Patrimonio Autónomo en comunicación del 06 de mayo de 2010 *“no es posible devolver dinero alguno, ya que en la actualidad la pensionada ha recibido dichos dineros mes a mes conforme fue ordenado en el artículo 143 de la ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios”* SIC, (archivo *“83-Comunicación de respuestas a consultas-Causante”, carpeta “04CuadernoAdministrativoFls121cd”*), es indicativo que la entidad dio cabal cumplimiento a la norma en cuestión.

Lo anterior, cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que en el proceso no se acreditaron las sumas descontadas en el año 1994 y solo con las mesadas pensionales informadas por la UGPP en comunicación del 22 de septiembre de 2021 (pág. 30 a 44, archivo *“06ActaAudiencia12072017Fls123al179”*), se advierte que a la parte actora le descontaron por aportes en salud, en el año 1995, la suma de \$14.484.63, teniendo como mesada \$185.557.89, para el año 1996 la suma de \$17.739.33 por una mesada de \$221.741.67 y en el mismo año reportan un descuento de \$32.459 a partir de julio teniendo como mesada \$270.489.70, es decir, el valor de su prestación pensional no sufrió ninguna desmejora e incluso con ocasión de la reliquidación concedida por CAJANAL en Resolución No.012248 de 29 de abril de 1996 se elevó la cuantía de la mesada a la suma de \$226.351.21, con efectos retroactivos a partir del 1° de abril de 1995 (archivo *“65-Acto administrativo con Notificación-Causante”, carpeta “04CuadernoAdministrativoFls121cd”*)

En consecuencia, en este caso no se disminuyó el capital neto que recibe la demandante por concepto de pensión de jubilación ante el incremento del porcentaje para el sistema de seguridad social en salud, lo que conlleva a concluir que no se cumplen los presupuestos del artículo 143 de la Ley 100 de 1993, para ordenar el reajuste, razón suficiente para confirmar la sentencia de primera instancia.

Sin costas en la instancia.

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

**RESUELVE**

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

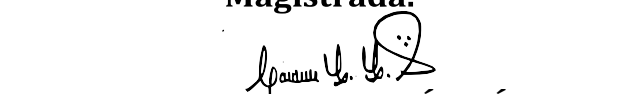
**SEGUNDO: SIN COSTAS** en segunda instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 25-2019-00924-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación del **DEMANDANTE** contra el fallo del 31 de marzo de 2022, que absolvió de todas las pretensiones y se abstuvo de condenar en costas (31:49 archivo “24AudienciaFallo”).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA** (Pág. 1 a 15 archivo “05SubsanacionDemanda”).

**TEODULFO LEIVA RUIZ** solicitó condenar al **FONCEP** a la pensión sanción desde el 26 de enero de 2014, indexación de la primera mesada, pago de mesadas adicionales de junio y diciembre, condenar ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que prestó servicios a la extinta EMPRESA DISTRITAL DE SERVICIOS PÚBLICOS EDIS del 15 de junio de 1982 al 30 de diciembre de 1994, cuando fue despedido sin justa causa, siendo su último salario de \$245.554. Afirmó que por Acuerdo Distrital No. 41 de 1994, BOGOTÁ D.C. se hizo cargo de las obligaciones derivadas de la extinción de la EDIS, siendo delegado en el **FONCEP** todo asunto relacionado con la pensión sanción.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA (Pág. 3 a 17 archivo “08ContestacionFoncep”).**

El **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES FONCEP** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la fecha de terminación del contrato, último salario y cargo y que es responsable de las obligaciones pensionales derivadas de la extinción de la EDIS. Indicó que el **DEMANDANTE** fue retirado del servicio conforme la Resolución 6352 del 30 de diciembre de 1994, por no presentarse a laborar del 18 al 23 de enero de 1993 sin justificación alguna, desconociendo el numeral 8° artículo 93 y numeral 5° artículo 87 del Reglamento Interno de Trabajo de la EDIS, el numeral 6° del artículo 23, literal d) artículo 19 de la Convención Colectiva de Trabajo y el numeral 2° del artículo 29 del Decreto Reglamentario 2127 de 1945, por tanto, no es beneficiario de la pensión sanción del artículo 8° de la Ley 171 de 1961 porque el vínculo no terminó sin justa causa. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, oposición a los intereses moratorios, prescripción y la genérica.

**II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (31:49 archivo “24AudienciaFallo”).**

El 31 de marzo de 2022, el Juzgado 25 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) PRIMERO: ABSOLVER a la demandada FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS, CESANTÍAS Y PENSIONES FONCEP de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el aquí demandante TEODULFO LEIVA RUIZ, por lo motivado. SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de fondo propuestas por FONCEP a las que denomino inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido a la pretensión de pensión sanción, por lo motivado. TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia. CUARTO: de no ser apelada la presente sentencia, envíese al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de consulta. (...)”.*

La *a quo* fijó como problema jurídico fijar si el **DEMANDANTE** tiene derecho a la pensión sanción y demás pretensiones.

Como fundamento de su decisión indicó que, si bien no hubo discusión de la existencia y duración por más de 10 años de la relación laboral entre las partes, la **DEMANDADA** acreditó que el contrato finalizó por la inasistencia injustificada del **DEMANDANTE** a laborar, situación reconocida por el Decreto 2127 de 1945 como justa causa de terminación, por tanto, al no tratarse de un despido injusto, no se cumplen los requisitos del artículo 8 de la Ley 171 de 1961 para causar la pensión sanción.

### III. RECURSO DE APELACIÓN.

El **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo y acceder a las pretensiones. Alegó que la **DEMANDADA** no cumplió la carga de la prueba, conforme el artículo 167 CGP, de acreditar la justa causa alegada, por el contrario, la relación finalizó por la supresión del cargo, situación que no fue contemplada como justa causa para terminar el contrato de trabajo, por tanto, al perdurar la relación por más de 10 años, se causó la pensión sanción (32:47 archivo “24AudienciaFallo”).

### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado del **FONCEP** solicitó confirmar el fallo porque no se cumple el requisito de un despido sin justa causa y no hay mérito para acceder a la pensión sanción. Agotado el termino, la apoderada del **DEMANDANTE** no presentó alegatos.

### V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

### VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si el **DEMANDANTE** tiene derecho a la pensión sanción y demás pretensiones reclamadas,

conforme los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

## VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *ij* entre el demandante **TEODULFO LEIVA RUIZ** y la extinta EDIS existió un contrato de trabajo del 15 de junio de 1982 al 30 de diciembre de 1994 (Pág. 9 a 10 archivo “4130508\_PARTE 1. PG 1-33”; Pág. 7 a 8 archivo “4130508\_PARTE 3. PG 68-106” carpeta “22PruebaDeOficioFolio149”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* absolvió de todas las pretensiones y se abstuvo de condenar en costas. Contra dicha decisión el **DEMANDANTE** interpuso recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación, atendiendo las siguientes consideraciones

- **Sobre la pensión sanción de los ex trabajadores oficiales de la extinta EDIS.**

El artículo 8° de la Ley 171 de 1961, determino que el trabajador despedido de una empresa, luego de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de 10 años y menos de 15 años, continuos o discontinuos, anteriores o posteriores a la vigencia de dicha Ley, tendría derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha del despido si para entonces tiene cumplidos 60 años o desde la fecha en que cumpla dicha edad con posterioridad al despido.

Sobre la aplicación y vigencia de la Ley 171 de 1961, la H. CSJ ha sostenido de forma pacífica que dicha norma aplica cuando el trabajador oficial causó su derecho con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, siempre que acredite el tiempo de servicios y el retiro de la entidad sin justa causa, siendo el requisito de la edad simplemente de exigibilidad para su pago, tal y como indicó en las sentencias SL Rad. 36.475 del 20 de agosto de 2009, SL2333-2021, SL3191-2021, SL5328-2021, entre otras.

Frente los ex trabajadores oficiales de la extinta EDIS despedidos con ocasión de la liquidación de dicha Entidad, si bien tal circunstancia se consignó en el literal f) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945, como causa legal para terminar el contrato de trabajo, no por ello se equipara a una justa causa al no haber sido consagrada en el artículo 48 *ibídem*, por tanto, toda finalización del contrato de trabajo con ocasión de la liquidación de la EDIS fue injusta, tal y como ha sostenido la H. CSJ en las sentencias SL Rad 50.684 del 24 de enero de 2018, SL603 de 2017, SL649 de 2016 y SL579 de 2014, entre otras.

### **CASO EN CONCRETO.**

Conforme los antecedentes normativos y jurisprudenciales expuestos, la pensión sanción reclamada por la apoderada del **DEMANDANTE** parte del supuesto de que la terminación del contrato de trabajo fue sin justa causa, tal y como el artículo 8 de la Ley 1717 de 1961 exige, requisito que no se cumple en el caso bajo estudio.

En efecto, revisado el expediente y las pruebas allegadas, no queda duda de que la terminación del contrato de trabajo del **TEODULFO LEIVA RUIZ**, conforme lo señalado en la Resolución 6352 de 1994 de la extinta EDIS, no fue otra que haberse ausentado injustificadamente de su sitio de trabajo del 18 al 23 de enero de 1993 (Pág. 7 a 8 archivo “4130508\_PARTE 3. PG 68-106” carpeta “22PruebaDeOficioFolio149”).

Así las cosas, no es cierto lo alegado por la apoderada del **DEMANDANTE** de que la causa que originó la terminación del contrato de trabajo fue la supresión del cargo ante la desaparición jurídica de la EDIS, todo lo contrario, fue el incumplimiento del trabajador oficial de sus obligaciones la situación que conllevó a la decisión de terminar su trabajo con justa causa.

Llama la atención de este Tribunal que la apoderada del **DEMANDANTE** alegue que la **DEMANDADA** no cumplió con la carga de la prueba de acreditar la justa causa alegada al momento de

terminar el vínculo laboral con el trabajador oficial, cuando se allegó el expediente administrativo laboral del **DEMANDANTE**, el cual registra las múltiples gestiones adelantadas en su momento por la extinta EDIS frente la ausencia injustificada a laborar del trabajador, tal y como puede observarse de la página 8 en adelante del archivo “4130508\_PARTE 2. PG 34-67” y hasta la página 8 del archivo “4130508\_PARTE 3. PG 68-106”, ambos ubicados en la carpeta “22PruebaDeOficioFolio149”.

Así las cosas, el numeral 2° del artículo 29 del Decreto 2127 de 1945, que reglamentó la Ley 6 de 1945, en lo atinente al contrato de trabajo, norma aplicable a los trabajadores oficiales que no fueron cobijados por el Código Sustantivo del Trabajo, consagró expresamente la prohibición al trabajador de faltar al trabajo sin causa justificada o sin permiso del empleador, a la vez que el numeral 8° del artículo 48 *ibidem*, consagró como **justa causa** para terminar unilateralmente el contrato de trabajo por parte del empleador cualquier violación grave de las obligaciones y prohibiciones consignadas en los artículo 28 y 29 de dicha norma, causal que se configuró en el caso bajo estudio.

Por las anteriores consideraciones, no hay mérito alguno para acceder a las suplicas de la parte apelante, por el contrario, la Sala confirmará el fallo apelado, por cuanto comparte en su totalidad las razones expuestas por el Juez para absolver de todas las pretensiones.

Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** el fallo de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en la segunda instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No. 27-2018-00604-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver recurso de apelación presentado por el apoderado de **COLPENSIONES**, así como en grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 08 de noviembre de 2022 proferida por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual condenó a dicha entidad a pagar la pensión vejez al demandante a partir del 01 de octubre de 2015 en cuantía de \$644.350 con dos mesadas adicionales, junto con el correspondiente retroactivo, intereses moratorios y costas procesales (*min. 38:47 archivo "06AudienciaTramiteJuzgamiento"*).

**I. ANTECEDENTES**

**ANDRÉS VELANDIA MOJICA**, demandó a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a fin de obtener el reconocimiento y pago de la pensión de vejez a partir del 01 de abril de 2012, junto con el retroactivo pensional, intereses moratorios, costas procesales y condenas ultra y extra *petita*. De forma subsidiaria reclamó la indemnización sustitutiva.

Como fundamento de sus pretensiones expuso que nació el 06 de junio de 1948; cumplió 60 años de edad el 06 de junio de 2008; el 01 de

abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad cotizando a COLPENSIONES 1.033 semanas; que el 12 de diciembre de 2008, solicitó al ISS la pensión vejez, mediante Resolución No.003765 del 28 de enero de 2009, le fue negada la prestación, pero le concedió indemnización sustitutiva, prestación económica que nunca cobró; que reclamó a COLPENSIONES la pensión vejez el 02 de diciembre de 2015, quien mediante Resolución GNR47268 del 12 de febrero de 2016, negó su reconocimiento; posteriormente, presentó solicitud de revocatoria directa contra el citado acto administrativo, siendo resuelta desfavorablemente por la demandada a través de la Resolución SUB239833 del 12 de septiembre de 2018 (*pág. 5 a 13, archivo "01ExpedienteDigitalizado"*).

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento y edad del demandante, las semanas cotizadas, las solicitudes presentadas por el actor, la no reclamación de la indemnización sustitutiva de la pensión de vejez y los actos administrativos resolviendo de manera desfavorable la prestación pensional, expresó que los demás hechos no eran ciertos. Formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación al reconocimiento de los incrementos pensionales*, improcedencia de intereses moratorios e indexación, buena fe – principio de legalidad, prescripción y la innominada o genérica (*pág. 43 a 50, archivo "01ExpedienteDigitalizado"*).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 38:47 archivo "06AudienciaTramiteJuzgamiento"*).

El 08 de noviembre de 2022, el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

**(...) PRIMERO:** *CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a pagar la pensión de vejez al señor ANDRÉS VELANDIA MOJICA a partir del 01 de octubre de 2015 en cuantía de \$ 644.350 junto con los incrementos legales anuales y dos*

*mesadas adicionales, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO:** CONDENAR a COLPENSIONES a pagar al señor ANDRÉS VELANDIA MOJICA, la suma de \$ 80'097.426 que corresponde al retroactivo causado entre el 01 de octubre de 2015 y el 31 de octubre de 2022 y las que se causen con posterioridad incluidas dos mesadas adicionales anuales y los reajustes legales anuales, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO:** CONDENAR a COLPENSIONES al reconocimiento y pago a favor del señor ANDRÉS VELANDIA MOJICA de los intereses moratorios causados sobre cada una de las mesadas causadas y no pagadas desde el 18 de octubre del año 2015 y hasta que se pague efectivamente el retroactivo generado, teniendo en cuenta la tasa vigente para ese momento, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **CUARTO:** AUTORIZAR a COLPENSIONES a descontar del anterior retroactivo pensional, los aportes que deben efectuarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud y ORDENAR que se trasladen a la EPS a la que se encuentra afiliado el señor ANDRÉS VELANDIA MOJICA, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **QUINTO:** DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción y no probadas las de inexistencia de la obligación al reconocimiento de los incrementos pensionales, improcedencia de intereses moratorios e indexación y buena fe principio de legalidad formuladas por la entidad demandada, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEXTO:** CONDENAR a la demandada al pago de las costas del proceso en la suma de \$8'000.000 (...)*

El Juzgado definió el problema jurídico en determinar si la pensión sanción consagrada en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, reconocida al demandante, es compatible con la pensión de vejez que reclama en COLPENSIONES, la procedencia del reconocimiento y pago de la pensión de vejez bajo los parámetros establecidos en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, junto con el retroactivo e intereses moratorios.

Para resolver indicó que la pensión sanción es compatible con la pensión vejez a cargo del ISS hoy COLPENSIONES por cuanto provienen de fuentes de financiación diferentes, pues la pensión sanción fue reconocida por haber sido despedido sin justa causa luego de haber laborado por más de 10 años para la Empresa Distrital de Servicios Públicos EDIS entre el 25 de agosto de 1982 al 1° de septiembre de 1994, por lo que concluyó que era procedente estudiar la pensión de vejez reclamada; indicó que el actor nació el 06 de junio de 1948, cumplió los 60 años de edad el mismo día y mes del año 2008 y cotizó un total de 1.033,86 semanas entre el 14 de abril de 1971 al

31 de mayo de 2012, de las cuales 875,28 las cotizó antes del 25 de julio de 2005, encontrando reunidos los requisitos para acceder a la pensión de vejez conforme al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, y reconoció la prestación a partir a partir del 1° de junio de 2012, en cuantía de Un (1) SMLMV y por 14 mesadas anuales, declarando probada parcialmente la excepción de prescripción de las mesadas causadas con anterioridad al 1° de octubre de 2015. Además, expresó que era procedente la condena por intereses moratorios.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitando se revoque en su integridad. Adujo que en la Resolución GNR32688 del 05 de febrero de 2014, se indicó que la página *web* de bonos pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público registra que ANDRÉS VELANDIA MOJICA cuenta con una pensión de jubilación reconocida por el FONCEP, por lo que conforme con el artículo 2° del Decreto 2527 del 2000 y el artículo 17 de la Ley 549 de 1999 todos los tiempos laborados en el sector público y los cotizados en el sector privado al ISS fueron tenidos en cuenta para la liquidación de la pensión reconocida por el FONCEP y por ello no pueden ser consideradas para el reconocimiento de la pensión vejez.

Frente a la condena por intereses moratorios manifestó que no proceden dado que no ha operado un retraso injustificado en el pago de las mesadas pensionales y para que sean procedentes es necesario que concurren dos requisitos, una pensión legalmente reconocida y que la administradora encargada de efectuar el pago haya incurrido en mora injustificada; que en caso de confirmarse la condena por intereses moratorios, solicita se realicen a partir del sexto mes después de la solicitud pensional; y finalmente se opone a la condena en costas al considerar que COLPENSIONES ha actuado en cumplimiento del orden legal y no adeuda suma alguna al demandante (*min. 41:04 archivo "06AudienciaTramiteJuzgamiento"*).

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Durante el término del traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de COLPENSIONES solicitó revocar la sentencia, reiterando los planteamientos señalados en la alzada.

Por su parte, el apoderado del demandante solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia y la condena en costas a la demandada.

#### **V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

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

#### **VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

#### **VII. PROBLEMA JURÍDICO**

Le corresponde a la Sala determinar si la pensión sanción consagrada en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 que recibe el demandante es compatible con la pensión vejez prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990; en tal caso, establecer si el actor acredita los requisitos para acceder a la pensión de vejez, su correspondiente retroactivo e intereses moratorios. Así mismo, si procede la condena en costas impuesta en primera instancia en contra de la demandada.

## VIII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i) ANDRÉS VELANDIA MOJICA** nació el 06 de junio de 1948 (*pág. 14, archivo “01ExpedienteDigitalizado”*); **ii)** el demandante presentó solicitud de pensión vejez el 02 de diciembre de 2015, la cual fue resuelta de forma negativa por COLPENSIONES mediante Resolución GNR47268 del 12 de febrero de 2016 (*pág. 15 a 19, archivo “01ExpedienteDigitalizado”*); **iii)** igualmente, radicó solicitud de revocatoria directa en contra del citado acto administrativo el 10 de julio de 2018 (*pág. 27 a 31, archivo “01ExpedienteDigitalizado”*), resuelta desfavorablemente por COLPENSIONES mediante Resolución SUB239833 del 12 de septiembre de 2018 (*pág. 33 a 36, archivo “01ExpedienteDigitalizado”*); **iv) ANDRÉS VELANDIA MOJICA** cotizó al ISS 1.033,86 semanas (*pág. 52 a 57 archivo “01ExpedienteDigitalizado”*) **v)** el demandante percibe una pensión sanción desde el 6 de junio de 2008 en cuantía de \$ 461.500,00 reconocida por el FONCEP mediante Resolución No. 0955 del 24 de junio de 2008, en cumplimiento de sentencia judicial proferida 23 de octubre de 1997 por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá y confirmada por este Tribunal (*pág. 163 a 168, archivo “01ExpedienteDigitalizado”*), por haber laborado al servicio de la Empresa Distrital de Servicios Públicos EDIS entre el 25 de agosto de 1982 y el 1° de septiembre de 1994 y haber sido despedido de la empresa sin justa causa (*pág. 103 a 162, archivo “01ExpedienteDigitalizado”*).

### - **Sobre la prohibición de recibir doble asignación del tesoro público**

El artículo 128 Constitucional establece que nadie podrá desempeñar simultáneamente más de un empleo público ni recibir más de una asignación que provenga del tesoro público, o de empresas o de instituciones en las que tenga parte mayoritaria el Estado, salvo los casos expresamente determinados por la ley.

Frente a este tema, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la prohibición establecida en el artículo 128 de la Constitución Política recae sobre prestaciones provenientes del tesoro público, esto es, la Nación, las entidades territoriales y descentralizadas cuando se pagan con cargo a tales recursos, como acontece con las pensiones de jubilación en cabeza de una entidad descentralizada, los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta en las que predomine el capital estatal, cuyo propósito es la racionalización de los dineros públicos, por lo que, por regla general, una misma persona no puede recibir más de una asignación que provenga del erario, salvo las excepciones expresamente señaladas en la ley (SL4014-2018, SL3226-2020 y SL2599-2021, entre otras).

**- Sobre la compatibilidad entre la pensión sanción y la pensión de vejez a cargo del ISS hoy Colpensiones.**

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, así como su Sala de Descongestión, ha sostenido que las pensiones de jubilación reguladas en la Ley 171 de 1961, originada en el despido injusto del trabajador o la restringida por retiro voluntario, no fueron derogadas ni reemplazadas por la pensión de vejez que asumió el ISS conforme a la Ley 90 de 1946, reglamentada por el Acuerdo 224 de 1966, aprobado por el Decreto 3041 del mismo año, puesto que constituyen obligaciones económicas a cargo exclusivamente del empleador. Lo anterior, por el carácter subjetivo de dicha prestación, cuyo propósito era garantizar la estabilidad laboral de los trabajadores y penalizar al empleador que los despedía luego de una cantidad considerable de años a su servicio, razón por la cual la pensión sanción no fue concebida para cubrir el riesgo de vejez (SL4374-2020, SL496-2022 y SL090-2023, entre otras).

En relación con los trabajadores oficiales afiliados al ISS, la misma Corporación en la sentencia SL4374-2020, reiteró que tal condición no enerva la causación del derecho a la pensión proporcional

de jubilación del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, pues dicha afiliación producirá efectos solo para los eventos de compartibilidad de la pensión sanción conforme a lo dispuesto en el artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990, textualmente lo manifestó en los siguientes términos:

*“De igual manera es preciso recordar que la Sala en numerosas oportunidades se ha pronunciado de forma reiterada y pacífica en el sentido de señalar que para efectos de la causación del derecho a la pensión proporcional de jubilación del artículo 8 de la Ley 171 de 1961, es intrascendente que el trabajador hubiera estado afiliado al Instituto de Seguros Sociales, debiéndose tener en cuenta esta -la afiliación- solo para los eventos de compartibilidad de la pensión sanción según surge de lo dispuesto en el artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990, que resulta aplicable respecto de trabajadores oficiales afiliados a ese Instituto.”*

En efecto, el artículo 17 del Acuerdo 049 de 1990, establece que los trabajadores que sean despedidos sin justa causa y tengan derecho al cumplir la edad requerida por la Ley para el pago de la pensión sanción del artículo 8° de la Ley 171 de 1961, tendrán derecho a que el empleador cotice para el seguro de invalidez, vejez y muerte a partir de la fecha en que cubra dicha prestación y hasta cuando se cumplan los requisitos mínimos exigidos para la pensión vejez, y una vez el ISS proceda a cubrir dicha pensión, estará a cargo del empleador únicamente el mayor valor si los hubiere.

Iguaklmente, la Corte Suprema de Justicia ha establecido que la pensión sanción prevista en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, tratándose de **trabajadores afiliados al Seguro Social**, estuvo a cargo exclusivo de los empleadores hasta cuando entró a regir el Acuerdo 029 de 1985, pues conforme a esta disposición una vez cumplidas las circunstancias previstas en la primera normatividad el empleador estaba en la obligación de pagar al trabajador dicha pensión cuando cumpliera 60 o 50 años de edad o bien desde la fecha del despido si ya tuviere una de tales edades, dependiendo de que hubiera sido despido con más de 10 o 15 años de servicios, respectivamente, y a cargo del empleador la obligación de seguir cotizando al ISS hasta

cuando esta entidad asumiera la pensión por satisfacer el trabajador las exigencias previstas por sus reglamentos para otorgar la de vejez, subsistiendo para el empleador la obligación de pagar el mayor valor entre la pensión que le otorgare dicho instituto y la que venía siendo sufragada por él (SL 13032 de 2015, SL474 de 2019, SL 3286 de 2021, SL474 de 2019, SL 13032 de 2015).

Esta Sala de Decisión reitera que por mandato legal y por regla general, la pensión sanción causada después del 17 de octubre de 1985 es de carácter compartida con la que eventualmente tenga derecho el trabajador en el ISS hoy **COLPENSIONES**, sin embargo, dicha compartibilidad quedó condicionada a que el empleador afiliara al trabajador despedido ante el ISS hasta cuando éste completara los requisitos para acceder a la pensión vejez y, a partir de allí, ese fondo de pensiones le subroga su obligación como empleador y continúa pagando únicamente el mayor valor, si los hubiere.

### **CASO CONCRETO**

En el caso sometido bajo estudio no existe duda que **ANDRES VALENCIA MOJICA** actualmente devenga una pensión sanción reconocida en Resolución No.0955 del 24 de junio de 2008 por el FONCEP (*pág. 163 a 168, archivo "01ExpedienteDigitalizado"*), en cumplimiento a la sentencia del 23 de octubre de 1997 proferida por el Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá en el proceso No.14.647, confirmada por esta Corporación en providencia del 30 de abril de 1998 (*pág. 149 a 162 archivo "02Anexos"*) y que la misma se causó el 1° de septiembre de 1994, data en la cual el trabajador fue despedido sin justa causa. Una vez revisados las sentencias de primera y segunda instancia del citado proceso, en las mismas no se determinó que la pensión sanción reconocida al demandante fuera de carácter compartido, decisión que no fue objeto de controversia por la parte demandada FONCEP.

Por ello, al haberse causado la pensión sanción con posterioridad a la entrada en vigencia del Acuerdo 049 de 1990, en principio esta prestación sería de carácter compartible con la pensión vejez a cargo del ISS hoy COLPENSIONES, siempre y cuando hubiera existido afiliación por parte de su empleador. En el presente caso, durante el periodo de vinculación del demandante, es decir, entre el 25 de agosto de 1982 y el 1° de septiembre de 1994, la Empresa Distrital de Servicios Públicos EDIS, en calidad de empleador, no efectuó cotizaciones al ISS a su nombre; tampoco lo hizo con posterioridad al despido con la intención de que la pensión sanción tuviera posteriormente el carácter compartida con la que le pudiera corresponder en el Sistema General de Pensiones.

Bajo este escenario, el empleador no subrogó la obligación a su cargo, lo que trae como consecuencia que la prestación que hoy se discute sea de carácter compatible con la pensión sanción que devenga el demandante.

Lo anterior cobra mayor relevancia si se tiene en cuenta que en el reporte de semanas que acredita el actor en COLPENSIONES y con las cuales pretende consolidar su derecho pensional, no se encuentran incluidos los tiempos públicos laborados al servicio de la Empresa Distrital de Servicios Públicos entre el 25 de agosto de 1982 y el 1° de septiembre de 1994 (*pág. 103 a 162, archivo "01ExpedienteDigitalizado"*).

Y si bien la pensión sanción se financia con recursos públicos, los dineros que sirven para consolidar la pensión de vejez en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida tienen el carácter de recursos parafiscales, pues no provienen de la Nación, sino de las cotizaciones efectuadas por empleadores privados y el propio trabajador, por tanto, su fuente de financiación es diferente, razón por la cual no se vulnera la regla prevista en el artículo 128 Constitucional, así lo ha determinado la Corte Suprema de Justicia en sentencias SL de fecha 6 de diciembre de 2011 radicado 40848, SL 451 de 2013, SL

3775 de 2021 y SL 1127 de 2022. Tampoco le asiste razón al apelante, al indicar que las semanas cotizadas ya fueron tenidas en cuenta para un reconocimiento pensional, dado que para el reconocimiento de la pensión sanción que devenga el actor sólo se tuvieron en cuenta los tiempos laborados exclusivamente en la Empresa Distrital de Servicios Públicos, los cuales no aparecen cotizados al ISS.

Los anteriores argumentos resultan suficientes para confirmar la decisión de primer grado que declaró la compatibilidad entre la pensión sanción y la pensión vejez de vejez reclamada, pues ambas asignaciones tienen origen, finalidad y fuente de financiación diferentes y ante la ausencia de vinculación y cotizaciones al ISS por cuenta de su antiguo empleador.

En consecuencia, procede la Sala a verificar si ANDRES VELANDIA MOJICA acredita los requisitos para acceder a la pensión vejez conforme al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, así:

ANDRÉS VELANDIA MOJICA nació el 06 de junio de 1948 (*pág. 14, archivo "01ExpedienteDigitalizado"*) por lo que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993 (*30 de junio de 1995*) contaba con 47 años de edad, siendo beneficiario por edad del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. A su vez, a 29 de julio de 2005, fecha de entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, acreditaba 875 semanas, sin incluir los tiempos de servicios prestados a la EDIS (*pág. 52 a 57, archivo "01ExpedienteDigitalizado" y archivo "GRP-SCH-HL-66554443332211\_1417-20190207103605" expediente administrativo*) por lo que el régimen de transición se le extendió hasta el 31 de diciembre de 2014.

Al revisar el reporte de semanas cotizadas por el demandante se observa que en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, contados antes del 06 de junio de 2008, reúne un total de 357.73 semanas; a 30 de junio de 2011 contaba con 63 años y había cotizado un total de 1.003,59 semanas, acreditando los requisitos necesarios para acceder a la pensión vejez con 14 mesadas anuales, teniendo en

cuenta que causó el derecho por tiempo y edad antes del 31 de julio de 2011 y la mesada pensional inferior a 3 SMLMV.

En relación con el IBL y el monto de la mesada pensional, al fijarse por el *a quo* en Un (1) SMLMV y no ser objeto de reproche por ninguna de las partes, la Sala se releva de su estudio.

**- Sobre la excepción de prescripción:**

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

Así las cosas, se advierte que el Juzgado de instancia declaró prescritas todas las mesadas causadas con anterioridad al 1° de octubre de 2015, la cual sustentó en que la demanda fue la que interrumpió el termino de prescripción. Al respecto, atendiendo a que la reclamación administrativa se agotó con la Resolución VPB 001328 del 15 de junio de 2013, por medio de la cual COLPENSIONES resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la Resolución No.43473 de 23 de noviembre de 2011 (*pág. 21, archivo "01ExpedienteDigitalizado"*), y la demanda tan solo fue presentada el 18 de octubre de 2018 (*pág. 37, archivo "01ExpedienteDigitalizado"*), dicha radicación interrumpió el fenómeno extintivo.

De suerte que resultan prescritas las mesadas pensionales causadas antes del 18 de octubre de 2015, lo que conlleva a la confirmación de la condena, pues el *a quo* ordenó el pago de la prestación a partir del 1° de octubre de 2015, dado que, sobre los

restantes días, generados hasta el 18 de octubre siguiente, no se encuentran afectados por la prescripción extintiva.

Ahora, atendiendo a que aún se desconoce la fecha en que COLPENSIONES pagará el retroactivo pensional, no es viable su liquidación, por lo que se modificará el ordinal segundo del fallo impugnado.

**- Sobre los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993:**

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993, prevé que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales son procedentes los intereses moratorios a la tasa máxima vigente certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia. Para que sean procedentes se requiere que a la fecha en que el afiliado solicite la pensión de invalidez, vejez o sobrevivencia cuente con los requisitos para acceder a la prestación económica.

La Corte Suprema de Justicia ha determinado que los mismos son resarcitorios y no sancionatorios y proceden sin importar si hubo buena o mala fe por parte de la administradora de pensiones (SL 1681 de 2020, SL3106 de 2022, SL 2408 de 2022 y SL 2257 de 2022 y SL 780 de 2022 entre otras). La misma Corporación de cierre ha determinado que de forma excepcional no procede su condena cuando, por ejemplo, el reconocimiento pensional se efectúa con ocasión de un cambio jurisprudencial efectuado con posterioridad a la reclamación (SL787 de 2013, SL4599-2019 y SL-2414 de 2020, entre otras).

En el presente asunto **COLPENSIONES** negó la pensión vejez argumentando una incompatibilidad de prestaciones a cargo del erario, razones que para este caso resultan justificadas y suficientes para exonerarla del pago de esta pretensión, puesto que el reconocimiento de la pensión sanción se da con ocasión del análisis jurisprudencial desarrollado recientemente en casos de similares

contornos, por lo que las razones invocadas por el fondo de pensiones en su momento fueron válidas.

Por tal motivo, se revocará la condena por intereses moratorios y, en su lugar, se ordenará la indexación de cada una de las mesadas pensionales, conforme con el IPC certificado por el DANE, desde la exigibilidad de cada una de ellas hasta la fecha de su pago efectivo.

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

Sin costas en esta instancia.

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

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia en el sentido de CONDENAR a **COLPENSIONES** a pagar a **ANDRÉS VELANDIA MOJICA** el retroactivo pensional adeudado por las mesadas pensionales causadas desde el 1° de octubre de 2015 y hasta cuando se haga efectivo el pago de la

prestación económica y su inclusión en nómina, junto con dos mesadas adicionales anuales y los reajustes legales anuales, conforme la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO: REVOCAR** el ordinal tercero de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, CONDENAR a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar la indexación de cada una de las mesadas pensionales, conforme con el IPC certificado por el DANE, desde la exigibilidad de cada una de ellas hasta la fecha de su pago efectivo, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

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

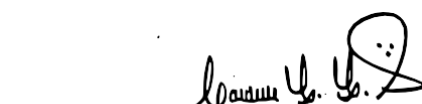
**CUARTO: SIN COSTAS** en segunda instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada. con salvamento de voto

  
**CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ**  
Magistrada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá  
Sala Laboral

## **SALVAMENTO DE VOTO**

DEMANDANTE: ANDRES VELANDIA MOJICA

DEMANDADO: COLPENSIONES

RADICACIÓN 11001 31 05 027 2018 00604 01

## **MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

A continuación, se expresan las razones por las cuales se presenta salvamento de voto:

La providencia indica que aunque procede la compartibilidad de la pensión no aplica en el presente caso porque el empleador no afilió ni realizó las cotizaciones al ISS, no obstante, la jurisprudencia ha señalado de manera reiterada, como se constata en la sentencia SL3846-2022 radicación 91425, la pensión que tiene carácter compartida no pierde esa naturaleza por la falta de cotizaciones del empleador, lo cual se deduce de lo siguiente:

*“Con lo anterior, la omisión de la Caja de continuar cotizando desde 1987 para el riesgo de vejez, después de haber reconocido al trabajador la pensión de jubilación, no conlleva a la compatibilidad de dos pensiones a favor del afiliado, que por su naturaleza son compartibles. En otras palabras, el hecho de que el ex empleador no cotice al ISS a favor de un trabajador -- luego de reconocerle la pensión extralegal--, no conlleva, de ninguna manera a que se desnaturalice la condición de compartibilidad de las pensiones para abrirle paso a su compatibilidad.*

*Lo anterior resulta suficiente para revocar la sentencia proferida por el a quo y, por ende, absolver a la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero - hoy Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social - UGPP de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante.”*

En ese orden de ideas, no procedía la compatibilidad de las pensiones sanción y la de vejez otorgada a través de la sentencia que se confirma.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No.27 2020 00304 01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver el recurso de apelación interpuesto por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia proferida el 23 de febrero de 2023 por el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual condenó a **COLPENSIONES** a pagar al demandante **EDILBERTO FANDIÑO CONTRERAS** la suma de \$14.309.844 por retroactivo de la pensión de invalidez causado entre el 07 de mayo de 2019 hasta el 31 de agosto de 2020, intereses moratorios a partir del 1° de mayo de 2020 hasta el 31 de agosto de 2020 y costas procesales en cuantía de \$2.000.000 (*min. 14:55, archivo “23ContinuacionAudienciaArticulo80”*).

**I. ANTECEDENTES**

**DEMANDA**

**EDILBERTO FANDIÑO CONTRERAS** llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** con el fin de que se le reconozca y pague el retroactivo de la pensión de invalidez generado entre el día 07 de mayo de 2019 y el 1° septiembre de 2020, intereses moratorios y costas procesales.

Como fundamento fáctico indicó que mediante dictamen No. 3404946 del 07 de mayo de 2020, **COLPENSIONES** le determinó un 71.55% de PCL, con fecha de estructuración el 1° de junio de 2017, de origen común; que le solicitó a la demandada, el reconocimiento y pago de su pensión de invalidez el día el 30 de octubre de 2019, entidad que a través de la Resolución SUB173481 del 13 de agosto de 2020, le reconoció la prestación a partir del 1° septiembre de 2020; sin embargo, considera que la prestación debió otorgarse con efectos fiscales a partir del 7 de mayo de 2019, fecha de emisión del dictamen de calificación de invalidez, por tratarse de deficiencias provocadas por enfermedades degenerativas; que **COLPENSIONES**, en el acto administrativo señaló que la efectividad de la prestación era a partir del día siguiente al de la última semana de cotización, por cuanto el afiliado realizó aportes con posterioridad a la fecha de emisión del dictamen; finalmente, indicó que entre el día 07 de mayo de 2019 y el 1° septiembre de 2020, no recibió el pago del auxilio económico por las incapacidades generadas (*pág. 53 a 59, archivo “06SubsanaciónDemanda”*).

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó la calificación de pérdida de capacidad laboral del demandante, la firmeza del dictamen, la solicitud y reconocimiento de la pensión de invalidez. Expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia del derecho reclamado*, cobro de lo no debido, buena fe, no configuración del derecho al pago del I.P.C., ni de indexación o reajuste alguno, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, carencia de causa para demandar, presunción de legalidad de los actos administrativos, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, compensación, prescripción y la innominada o genérica (*pág. 1 a 14, archivo “10ContestacionDemandaColpensiones”*).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 14:55, archivo "23ContinuacionAudienciaArticulo80")

El 23 de febrero de 2023, el Juzgado Veintisiete (27) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

**(...) PRIMERO: CONDENAR** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a pagar al señor EDILBERTO FANDIÑO CONTRERAS la suma de \$14.309.844 que corresponde al retroactivo de las mesadas de la pensión de invalidez causado entre el 07 de mayo de 2019 y el 31 de agosto de 2020, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO: AUTORIZAR** a COLPENSIONES a descontar de las anteriores sumas, los aportes que deben efectuarse al Sistema General de Seguridad Social en Salud y **ORDENAR** que los traslade a la EPS a la que se encuentra afiliado el señor EDILBERTO FANDIÑO CONTRERAS, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **TERCERO: CONDENAR** a COLPENSIONES a pagar al señor EDILBERTO FANDIÑO CONTRERAS los intereses moratorios causados sobre cada mesada pensional debida desde el 1° de mayo de 2020 hasta el 31 de agosto de 2020, por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones de inexistencia del derecho reclamado, cobro de lo no debido, buena fe, compensación y prescripción, formuladas por COLPENSIONES. **QUINTO: CONDENAR** en costas a COLPENSIONES en la suma de \$2'000.000 como agencias en derecho (...).

Para resolver la Juez indicó que, si bien al demandante le fueron expedidas incapacidades, tan sólo le pagaron las correspondientes al periodo del 4 de agosto de 2018 y el 02 de septiembre de 2018, por lo que el retroactivo pensional procedía desde la fecha de la emisión del dictamen de pérdida de capacidad laboral, que fue la misma fecha que tuvo **COLPENSIONES** para determinar el cumplimiento de los requisitos atendiendo las enfermedades crónicas y degenerativas que aquejan al demandante, y, además, no se presenta la incompatibilidad prevista en el artículo 3° del Decreto 917 de 1999, por lo que le asiste derecho al actor de recibir las mesadas entre el 07 de mayo de 2019 hasta el 31 de agosto de 2020. Respecto de los intereses moratorios concluyó que eran procedentes, pero solo 6 meses después de que se radicara la solicitud del derecho pensional, pues este es el plazo máximo establecido en la ley para su reconocimiento y pago, por lo que al radicarse la petición el 30 de octubre de 2019, los seis meses vencieron el 30 de abril de 2020.

## III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia de primera instancia en su

integridad. Adujo que no es procedente el pago del retroactivo en razón a que obra en el expediente administrativo certificado de pagos expedido por EPS Famisanar con fecha 24 de octubre de 2019, certificando pagos hasta el 02 de septiembre de 2018, igualmente está demostrado que el demandante efectuó aportes en calidad de trabajador independiente hasta el 31 de agosto de 2020, por lo que el disfrute de la prestación es a partir del 1° de septiembre de 2020 de conformidad con los parámetros establecidos en la Circular 08 de 2014 de **COLPENSIONES**, por lo que no era posible el reconocimiento del retroactivo; que al no haber lugar al pago de retroactivo tampoco proceden los intereses moratorios, al no operar un plazo injustificado para el pago de la prestación económica; y finalmente, que no está de acuerdo con la condena en costas por cuanto la entidad dio estricto cumplimiento al orden legal y en virtud del artículo 48 Constitucional y numeral 5 del artículo 365 del CGP no era viable este cobro (*min. 14:55, archivo "23ContinuacionAudienciaArticulo80"*).

#### IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

#### V. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, el apoderado de **COLPENSIONES**, en su escrito de alegatos, solicitó se revoque el fallo de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en la alzada. La parte actora solicitó la confirmación de la sentencia.

#### VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66<sup>a</sup> y 69 del CPT y SS, procede a estudiar los aspectos que fueron planteados

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

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si el demandante tiene o no derecho al reconocimiento y pago del retroactivo pensional, intereses moratorios y costas procesales, conforme lo planteado en el recurso de apelación y los requisitos legales y jurisprudenciales para ello.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no existe controversia en que: **i) COLPENSIONES** mediante dictamen del 07 de mayo de 2019 le calificó al demandante la pérdida de capacidad laboral en un 71.55%, de origen común y con fecha de estructuración 1° de junio de 2017 (*pág. 9 a 13, archivo “01Demanda”*); **ii) EDILBERTO FANDIÑO CONTRERAS** tuvo incapacidades continuas expedidas por EPS Famisanar desde el 04 de mayo de 2018 hasta el 30 de julio de 2020 (*pág. 48 a 51, archivo “01Demanda”*); **iii) EDILBERTO FANDIÑO CONTRERAS** le solicitó a **COLPENSIONES** la pensión de invalidez el 30 de octubre de 2019, entidad que en Resolución SUB173481 del 13 de agosto de 2020 le reconoció la prestación en cuantía de \$877.803, a partir del 1° de septiembre de 2020 (*pág. 30 a 47, archivo “01Demanda”*).

- **Sobre el pago de la pensión de invalidez y la incompatibilidad con el reconocimiento de incapacidades temporales.**

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

Los artículos 38 y 69 de la Ley 100 de 1993, establecen la pensión de invalidez en el Sistema General de Pensiones. Los requisitos para acceder a dicha prestación, que aplican en ambos regímenes pensionales y que están consagrados en el artículo 39 *ibidem*, fueron modificados por

la Ley 860 de 2003, la cual establece que el afiliado debe acreditar un 50% de pérdida de capacidad laboral y haber cotizado un mínimo de 50 semanas en los tres años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez. A su vez, el artículo 40 de la misma norma señala que la pensión de invalidez se reconocerá a solicitud de parte interesada y comenzará a pagarse, en forma retroactiva, desde la fecha en que se produzca tal estado.

El artículo 10 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, incorporado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, en virtud del artículo 31 de la Ley 100 de 1993, establece que cuando el beneficiario de la pensión de invalidez de origen común estuviere en goce de subsidio por incapacidad temporal, aquella comenzará a cubrirse al expirar el derecho al mencionado subsidio.

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

Ahora, sobre los responsables de los pagos de incapacidades temporales de origen común, el artículo 142 del Decreto Ley 019 de 2012, estableció a cargo de los fondos de pensiones el reconocimiento y pago de un subsidio equivalente a la respectiva incapacidad temporal después de los ciento 180 días iniciales hasta el día 540. A su vez, el artículo 67 de la Ley 1753 de 2015, reglamentado por el Decreto 1333 de 2018, determinó a cargo de las entidades promotoras de salud el pago de

incapacidades por enfermedad de origen común que superen los quinientos cuarenta (540) días continuos.

### **CASO CONCRETO**

En el caso bajo estudio no existe controversia sobre el estado de invalidez de **EDILBERTO FANDIÑO CONTRERAS**, declarado mediante dictamen DML3404946 del 07 de mayo de 2019 donde se determinó una PCL 71.55% con fecha de estructuración el 1° de junio de 2017, de origen común (*pág. 9 a 13, archivo “01Demanda”*), así como tampoco que **COLPENSIONES** en Resolución SUB173481 del 13 de agosto de 2020 le reconoció la prestación en cuantía de \$877.803, a partir del 1° de septiembre de 2020 (*pág. 30 a 47, archivo “01Demanda”*). Lo que se discute y fue objeto de alzada, es lo relacionado con la fecha de disfrute y pago del retroactivo pensional.

Revisado el expediente, se tiene que a **EDILBERTO FANDIÑO CONTRERAS** se le generaron incapacidades continuas de origen común otorgadas por la EPS Famisanar desde el 04 de mayo de 2018 hasta el 30 de julio de 2020 (*pág. 48 a 51, archivo “01Demanda”*), de las cuales la EPS canceló al actor las causadas entre el 06 de mayo de 2018 al 02 de septiembre de 2018. No obstante, los primeros 180 días de incapacidad culminaron el 03 de noviembre de 2018. A partir de los 181 días hasta los 540 días, debía concurrir a su pago el fondo de pensiones, en este caso **COLPENSIONES**, periodo que culminó el 03 de noviembre de 2019.

Sin embargo, sobre este último lapso de tiempo no aparecen acreditados pagos a favor del demandante. Al contrario, en comunicación del 26 de diciembre de 2019, la demandada le informó a **EDILBERTO FANDIÑO CONTRERAS** que al presentar concepto de rehabilitación desfavorable no procedía el reconocimiento de incapacidades, sino lo que se debía realizar es la calificación de pérdida de capacidad laboral, advirtiéndole al afiliado que en todo caso aquellas incapacidades posteriores al día 540, la entidad obligada era la EPS (*pág. 228 a 233, archivo “10ContestacionDemandaColpensiones”*).

Siendo ello así es evidente que para la fecha en que **EDILBERTO FANDIÑO CONTRERAS** presentó la solicitud de reconocimiento de la pensión de invalidez (30 de octubre de 2019), ya tenía la calificación previa de su pérdida de capacidad laboral, realizada el 07 de mayo de 2019, y no estaba recibiendo subsidios por incapacidades temporales ni por parte de la EPS y menos del fondo de pensiones. Por tanto, al advertirse por parte de **COLPENSIONES** en el acto de reconocimiento pensional que la fecha tomada para determinar si el solicitante era beneficio de la pensión de invalidez correspondía a la del dictamen pericial (07 de mayo de 2019), por tener el afiliado una enfermedad degenerativa, progresiva y crónica, no había ningún impedimento para que la administración pagara la prestación desde ese momento, pues no se estaban presentando pagos simultáneos y para el 07 de mayo de 2019 la entidad llamada a realizar el pago de los auxilios económicos por enfermedad de origen común era la misma **COLPENSIONES**, lo que descarta los planteamientos expuestos por el recurrente.

Además, pese a que el demandante reportó cotizaciones a pensión como trabajador independiente desde el 1° de septiembre de 2018, algunas realizadas con posterioridad a la fecha de causación, tal aspecto no hace parte de los presupuestos del reconocimiento pensional, en los términos del artículo 40 de la Ley 100 de 1993, que le impidan acceder al pago del retroactivo. Con todo, al ser la pensión de carácter temporal, por ser el estado invalidante susceptible de revisión periódica, esas cotizaciones le servirán al actor para consolidar y financiar en un futuro la prestación por vejez.

Al no ser objeto de controversia el valor de la mesada reconocida, fijada sobre un salario mínimo legal mensual vigente, se procede a calcular el monto económico que le corresponde al pensionado, entre el 07 de mayo de 2019 al 31 de agosto de 2020:

| AÑO  | VALOR<br>MESADA<br>PENSIONAL | NÚMERO DE<br>MESADAS | TOTAL          |
|------|------------------------------|----------------------|----------------|
| 2019 | \$ 828.116,00                | 8,8                  | \$7.287.420,80 |
| 2020 | \$ 877.803,00                | 8                    | \$7.022.424,00 |

| AÑO   | VALOR<br>MESADA<br>PENSIONAL | NÚMERO DE<br>MESADAS | TOTAL                  |
|-------|------------------------------|----------------------|------------------------|
| TOTAL |                              |                      | <b>\$14.309.844,80</b> |

Bajo el anterior escenario, y al ser el mismo valor reconocido por el *a quo* por concepto de retroactivo, resulta acertada la decisión de primera instancia, motivo por el cual se confirmará la sentencia en este aspecto.

- **Sobre los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993:**

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 prevé que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales son procedentes los intereses moratorios a la tasa máxima vigente certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia. Para que sean procedentes se requiere que a la fecha en que el afiliado solicite la pensión de invalidez, vejez o sobrevivencia cuente con los requisitos para acceder a la prestación económica.

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

Por su parte, el artículo 9<sup>1</sup> de la Ley 797 de 2003, que modificó el artículo 33 de la Ley 100 de 1993 y el artículo 19 del Decreto 656 de 1994<sup>2</sup>, establecen como plazo máximo para reconocer la prestación 4 meses contados desde que se radica la solicitud con la totalidad de la documentación que acredite el derecho.

<sup>1</sup> “Los fondos encargados reconocerán la pensión en un tiempo no superior a cuatro (4) meses después de radicada la solicitud por el peticionario, con la correspondiente documentación que acredite su derecho. Los Fondos no podrán aducir que las diferentes cajas no les han expedido el bono pensional o la cuota parte”

<sup>2</sup> Artículo 19.- El Gobierno Nacional establecerá los plazos y procedimientos para que las administradoras decidan acerca de las solicitudes relacionadas con pensiones por vejez, invalidez y sobrevivientes, sin que en ningún caso puedan exceder de cuatro (4) meses.

Para el efecto, se advierte de las pruebas aportadas al expediente que el demandante solicitó a **COLPENSIONES** el reconocimiento y pago de la pensión desde el 30 de octubre de 2019 (*pág. 30, archivo “01Demanda”*), fecha para la cual tenía causado el derecho como se dijo en precedencia, por ello los intereses procedían en principio a partir del 1° de marzo de 2020 (cuatro meses después de presentada la solicitud), por cada una de las mesadas en mora y hasta cuando se efectúe su pago. Sin embargo, al concederse en primera instancia los intereses entre el 1° de mayo de 2020 hasta el 31 de agosto de 2020, se confirmará en este aspecto la sentencia, al ser **COLPENSIONES** la única apelante y para no hacer más gravosa su situación.

- **Sobre la excepción de prescripción:**

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

Al respecto, y teniendo en cuenta que entre la Resolución SUB173481 del 13 de agosto de 2020, por medio de la cual **COLPENSIONES** reconoció la pensión de invalidez (*pág. 30 a 47, archivo “01Demanda”*), y la presentación de la demanda, 21 de septiembre de 2020 (*archivo “02ActaReparto”*), no trascurrieron los tres años aludidos, las mesadas reconocidas no se encuentran afectadas por prescripción, por lo que no prospera este medio exceptivo.

Frente a la inconformidad del apoderado de **COLPENSIONES** por la imposición de costas en el trámite de primera instancia, para la Sala no le asiste razón, por cuanto el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del

caso planteada en la contestación, siendo una consecuencia procesal de la acción promovida (CSJ SL4959-2016, SL1942-2021 y SL4205-2022).

Sin costas en segunda instancia.

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

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

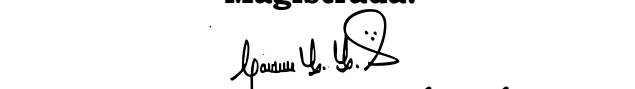
**SEGUNDO: SIN COSTAS** en ambas instancias.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 27-2021-00303-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación y el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** contra el fallo del 08 de febrero de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos, reactivar su afiliación en el RPM y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** (44:52 archivo “25Audiencia7780”).

**I. ANTECEDENTES**

• **DEMANDA (archivo “01Demanda”).**

**CARLO DUARTE JUNCO** solicitó declarar ineficaz su afiliación al RAIS, devolver el saldo de su CAIP sin descuentos, reactivar su vinculación al RPM, y condenar a costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 04 de diciembre de 1964, que cotizó 629 semanas en el RPM; que el 1° de octubre de 1999, se trasladó al RAIS mediante afiliación a **PORVENIR S.A.**, AFP que no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Alegó que nunca se le informó

sobre la restricción de traslado por edad, en todo caso, el 1º de julio de 2021 solicitó su traslado a **COLPENSIONES**, el cual fue rechazado.

• **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado y semanas cotizadas. Indicó que brindó información clara, oportuna y objetiva sobre los regímenes pensionales y las consecuencias del traslado al RAIS, tras lo cual el afiliado tomó la decisión informada de vincularse a la AFP, sin que para la fecha del traslado estuviera vigente la obligación de información y asesoría en los términos exigidos por la Ley 1748 de 2015 y Decretos 2555 de 2010 y 2071 de 2015, ni existir causa para privar de efectos jurídicos dicho acto, Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe (Pág. 1 a 38 archivo “19ContestacionPorvenir”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado y que rechazó la solicitud de retorno al RPM. Alegó que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS, sin embargo, el **DEMANDANTE** no acreditó las falencias alegadas en la demanda. Interpuso las excepciones de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 CC, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas, indemnización ni intereses moratorios por administradoras de seguridad social públicas y la genérica (Pág. 1 a 39 “20ContestacionColpensiones”).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (44:52 archivo “25Audiencia7780”).

El 08 de febrero de 2023, el Juzgado 27 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del señor CARLO DUARTE JUNCO del régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A., por lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor CARLO DUARTE JUNCO, como cotizaciones, bonos pensionales, rendimientos, frutos e intereses generados en su cuenta de ahorro individual, sin descontar valor alguno por cuotas de administración, comisiones, aportes al fondo de garantía de la pensión mínima, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. TERCERO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES afiliar nuevamente al señor CARLO DUARTE JUNCO al Régimen de Prima Media con Prestación Definida y recibir las cotizaciones provenientes de PORVENIR S.A., conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las demandadas, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia. QUINTO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. al pago de las costas del proceso en la suma de \$2’000.000 como agencias en derecho. (...)”.*

La *a quo* fijó como problema jurídico establecer si el traslado al RAIS es ineficaz y la procedencia de las demás pretensiones.

Para resolver indicó que desde su creación las AFP tiene el deber de informar al potencial afiliado las características de cada régimen pensional para garantizar la libertad de selección, cuyo cumplimiento debe acreditar la AFP sin que baste el formulario de afiliación, que solo demuestra consentimiento pero no que sea informado conforme la H. CSJ, por tanto, declaró ineficaz el traslado, ordenó trasladar el saldo de la CAIP sin descuentos y condenó en costas a la AFP.

## III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Alegó que no se demostró vicio del consentimiento, por el contrario, el formulario de afiliación acredita que la vinculación a la AFP fue libre y voluntaria y ésta cumple todos los requisitos legales, además nunca

se expresó retracto, inconformidad o deseo de retornar al RPM, por tanto, el afiliado debe asumir las consecuencias de permanecer en el RAIS sin que el incumplimiento de sus expectativas justifique restar efectos jurídico a un vínculo establecido conforme la ley, brillando por su ausencia la falta de carga de prueba por el **DEMANDANTE**, además no procede el retorno al RPM conforme las sentencias SU062 de 2010, SU130 de 2013, entre otras (46:41 archivo “25Audiencia7780”).

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la firma apoderada de **COLPENSIONES** sustituyó poder al doctor Michael Cortázar Camelo, identificado con CC 1.032.435.292 y TP 289.256 del CSJ, a quien se reconoce como apoderado sustituto de dicha parte, quien solicitó revocar el fallo. Por su parte, la firma apoderada de **PORVENIR S.A.**, a través de la doctora Nedy Johana Dallos Pico, identificada con CC 1.019.135.990 y TP 373.640 del CSJ, solicitó revocar el fallo, alegando la validez del traslado al RAIS. La apoderada del **DEMANDANTE** no presentó alegatos.

#### **V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

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

#### **VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado de régimen pensional del **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación con **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el demandante **CARLO DUARTE JUNCO** nació el 04 de diciembre de 1964 (archivo “07Pruebas”); **ii)** el **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 11 de agosto de 1987 al 30 de septiembre de 1999, cotizando 625,86 semanas (Pág. 134 a 140 archivo “20ContestacionColpensiones”); **iii)** el **DEMANDANTE** se trasladó del RPM al RAIS mediante formulario de afiliación a **PORVENIR S.A.** del 24 de agosto de 1999, efectivo a partir del 1º de octubre de 1999, AFP donde permanece vinculado y acumula 1742 semanas a diciembre de 2021, (Pág. 39, 41, 74 a 75 archivo “19ContestacionPorvenir”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos, reactivar su afiliación en el RPM y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** Contra la anterior decisión **COLPENSIONES** interpuso recurso de apelación.

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

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

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

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

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

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

Recientemente, la Corte Suprema de Justicia en la sentencia SL 2279-2021 reiteró que las AFP, desde la creación del Sistema General de Pensiones, están obligadas a brindar información calificada a sus

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

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

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

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

En aplicación a las reglas decisorias de la Sala de Casación Laboral, en casos como el aquí analizado, se invierte la carga de la

prueba, correspondiendo entonces a la AFP demostrar suficientemente que cumplió con el deber de informar y asesorar como requisito esencial para la validez del acto de traslado de régimen pensional, conforme lo reiteró en la sentencia SL1689 de 2019 y SL4025 de 2021, en concordancia con el artículo 1604 del Código Civil.

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

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

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS del **DEMANDANTE, PORVENIR S.A.** brindara asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditó porque solo allegó el formulario de afiliación, sin que la firma de éste por el afiliado la exima de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que la referida AFP no demostró el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional.

De otra parte, **PORVENIR S.A.** aportó copia del oficio del 04 de septiembre de 2015 remitido al **DEMANDANTE** informando sobre la restricción de traslado por edad e invitándolo a una asesoría, sin acreditar el recibido efectivo de dicho documento por el afiliado y, en todo

caso, tal documento por si solo no constituye una asesoría completa sobre las características de cada régimen pensional y las consecuencias de permanecer en el uno o en el otro (Pág. 71 a 73 archivo “19ContestacionPorvenir”).

A su vez, el **DEMANDANTE** en su interrogatorio se limitó a indicar que no recibió asesoría por parte del promotor de **PORVENIR S.A.**, manifestación que no beneficia a las **DEMANDADAS** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

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

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

Ahora, la decisión de declarar ineficaz el traslado de régimen conlleva la obligación para la **AFP DEMANDADA** de devolver a

**COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del afiliado, junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la **AFP DEMANDADA** debe devolver el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, tal como se ha dispuesto en las sentencias SL17595 de 2017, SL4989 de 2018, SL1421 de 2019, SL1688 de 2019, SL3464 de 2019 y SL4025 de 2021, SL4061 de 2021, SL4025 de 2021, SL4609 de 2021, SL3188 de 2022, SL4297 de 2022 y SL4322 de 2022, entre otras, providencias donde se rememoró la sentencia SL Rad. 31.989 del 8 de septiembre de 2008, en cuanto las consecuencias de la ineficacia del traslado. Como la decisión de primera instancia no es suficientemente clara en disponer la devolución de la totalidad de los valores referidos en precedencia, se aclarará el alcance de la condena.

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral segundo de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** los saldos obrantes en la cuenta de ahorro individual del **DEMANDANTE** junto con el bono pensional y los rendimientos. De igual modo, la citada AFP deberá devolver a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de que la **AFP DEMANDADA** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos,

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

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

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

**QUINTO: SIN COSTAS** en esta instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada. Con aclaración de voto

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: CARLO DUARTE JUNCO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 027 2021 00303 01

## **MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

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

El precedente jurisprudencial que refieren las anteriores sentencias de tutela, se sustenta en las sentencias de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral algunas citadas en la providencia que se emite como la SL 3464-2019, sl1688-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, etc., aunado a otras, como las sentencias SL1452-2019, SL 31989, 9 sep. 2008, SL 31314, 9 sep. 2008 y SL 33083, 22 nov. 2011, SL12136-2014, SL19447-2017, SL4964-2018 y SL4689-2018, etc., referidos a la carga de la prueba sobre el consentimiento informado, la ineficacia del traslado por el incumplimiento de esa carga probatoria independiente de la pertenencia al régimen de transición o no del afiliado, sostenibilidad financiera, etc.

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

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No.28-2016-00386-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el curador ad-litem de la demandada **VIGILANCIA Y SEGURIDAD BETHEL LTDA** contra la sentencia proferida el 30 de noviembre de 2021 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá que condenó a la pasiva al pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnización por despido, indemnización moratoria indefinida y costas procesales (*min. 00:17:35, CD folio 65 expediente físico, archivo “audiencia30nov2021”*).

**I. ANTECEDENTES**

**• DEMANDA**

**CRISTOBAL DE JESUS VILLA TABERA** llamó a juicio a la sociedad **VIGILANCIA Y SEGURIDAD BETHEL LTDA** con el fin de que se declare la existencia de un contrato de trabajo, se ordene el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, indemnización moratoria, indemnización por despido, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que fue contratado por la demandada desde el 30 de diciembre de 2015 hasta el 22 de febrero de 2016, devengando la suma de \$945.000, con contrato a término fijo de un año, desempeñando el cargo de guarda de seguridad; que el 22 de febrero de 2016 fue despedido sin justa causa, cumplía horario de domingo a domingo y la empresa no le ha cancelado las acreencias laborales (*fls. 2 a 5, expediente físico*).

#### • CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante providencia del 09 de julio de 2018, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá ordenó el emplazamiento de la demandada y el nombramiento de curador ad-litem (*fl. 35, expediente físico*), publicación que se llevó a cabo el 28 de octubre de 2018 (*fl. 38, expediente físico*). La curadora al contestar la demanda, en nombre y representación de **VIGILANCIA Y SEGURIDAD BETHEL LTDA**, se opuso a las pretensiones, expresó que los hechos no le constaban y propuso las excepciones de *terminación del contrato de trabajo por invocación de la cláusula del periodo de prueba*, cobro de lo no debido, pago y prescripción (*fls. 48 a 52, expediente físico*).

#### II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*min. 00:17:35, CD folio 65 expediente físico, archivo*  
*“audiencia30nov2021”*)

El 30 de noviembre de 2021, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR que entre el señor CRISTOBAL DE JESUS VILLA TABERA y la sociedad VIGILANCIA Y SEGURIDAD BETHEL existió un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 30 de diciembre de 2015 y el 21 de febrero de 2016, en el cual el actor se desempeñó como guarda de seguridad y devengó el salario mínimo mensual legal vigente para cada anualidad, conforme se dijo en la parte motiva de esta sentencia. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a reconocer y pagar al actor las siguientes sumas y por los siguientes conceptos: salario insoluto del mes de enero de 2016 \$63.000, 21 días de salario de febrero de 2016 \$537.008, cesantías \$110.811, intereses a las cesantías \$1.921, prima de servicios \$110.811, por vacaciones \$49.800, este último se deberá reconocer de manera indexada, por indemnización por despido sin justa causa*

\$689.454. **TERCERO: CONDENAR** a la demandada a reconocer y pagar al actor la sanción moratoria contenida en el artículo 65 del CST a razón de la suma diaria de \$22.981, a partir del 22 de febrero de 2016 y hasta el momento en que se verifique el pago de los salarios y prestaciones sociales aquí reconocidas, conforme lo establece el parágrafo 2° del citado artículo 65. **CUARTO:** Se declaran no probados los medios exceptivos propuestos por el extremo pasivo. **QUINTO:** Las costas de esta instancia a cargo de la demandada. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.500.000 (...).

Para resolver, la Juez indicó que en el proceso estaba plenamente demostrada la existencia del contrato de trabajo entre el 30 de diciembre de 2015 y el 21 de febrero de 2016, donde el demandante se desempeñó como guarda de seguridad, conforme con certificación laboral que no fue desconocida ni tachada de falsa en su oportunidad, así como del testimonio de Viviana del Socorro Reyes Guerrero, y la carta de notificación de la finalización del contrato, debiéndose entender que éste era a término indefinido. Que al no existir el pago de acreencias laborales era procedente su condena, así como la indemnización por despido dado que el periodo de prueba en caso de que no se pacte no se puede presumir. Respecto de la indemnización moratoria dedujo que la conducta del demandando no estuvo revestida de buena fe, al sustraerse en el pago de sus obligaciones, por lo que era viable acceder a esta pretensión de un día de salario por cada día de retardo hasta el momento del pago de las prestaciones.

### III. RECURSO DE APELACIÓN.

El curador *ad-litem* de **VIGILANCIA Y SEGURIDAD BETHEL LTDA** interpuso recurso de apelación. Manifestó que, así como aparecieron documentos en el transcurso de la audiencia que no fueron presentados con la demanda, frente al despido por justa causa considera que en segunda instancia si aparece un apoderado que defienda a la demandada, le quiere dar la oportunidad de poder presentar el contrato laboral. Y en cuanto a la moratoria, solicita que se analice la buena fe (min. 00:22:54, CD folio 65 expediente físico, archivo “audiencia30nov2021”)

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, la curadora *ad-litem* principal de la demandada solicitó despachar favorablemente las excepciones de mérito presentadas y, por tanto, se revoque la sentencia de primera instancia.

La parte demandante no presentó escrito de alegaciones.

#### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

Le corresponde a la Sala determinar la procedencia de condenar a la sociedad empleadora al pago de la indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo y la indemnización moratoria, de conformidad con los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico para ello.

#### **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* entre el demandante **CRISTOBAL DE JESUS VILLA TAVERA** y la demandada **VIGILANCIA Y SEGURIDAD BETHEL LTDA** se celebró un contrato de trabajo a término indefinido vigente entre el 30 de diciembre de 2015 al 21 de febrero de 2016 (*aspecto declarado en la sentencia de primera instancia y no fue objeto de recurso*); *ii)* y en comunicación del 22 de febrero de 2016, el empleador terminó el contrato de trabajo unilateralmente aduciendo justa causa (*fl. 6, expediente físico*).

- **Sobre la terminación del contrato de trabajo.**

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

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

En el presente asunto, el Juzgado de primera instancia declaró la existencia del contrato de trabajo y el salario devengado y condenó a la demandada **VIGILANCIA Y SEGURIDAD BETHEL LTDA** al pago de salarios, prestaciones sociales y vacaciones, aspectos sobre los cuales el curador *ad-litem* no presentó inconformidad alguna, lo que releva a la Sala de su estudio. La controversia planteada en la alzada radica en las condenas por indemnización por terminación del contrato en periodo de prueba y la indemnización moratoria.

Pasa la Sala a resolver el recurso de apelación, iniciando por el conflicto respecto a la procedencia o no de condenar al pago de la indemnización por despido.

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

En la carta de terminación del contrato (*fl. 6, expediente físico*) el empleador alegó que “*en virtud de la solicitud de cambio solicitada y el encontrarse en periodo de prueba y por fuerza mayor*” daban por finalizado el contrato de trabajo de forma unilateral con justa causa. No obstante, en certificación del 11 de marzo de 2016 (*fl. 6, expediente físico*) informó que el retiro del trabajador fue voluntario.

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que la exigencia del Parágrafo del artículo 62 del CSJ se satisface o con la invocación de la causal legal, convencional o reglamentaria, o con la indicación de los motivos o hechos que inspiran la terminación unilateral del contrato, o con ambos.

Por lo tanto, al identificarse los motivos concretos que originaron la finalización del vínculo contractual, le corresponde al Juez del trabajo verificar su ocurrencia, conforme la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

La sociedad **VIGILANCIA Y SEGURIDAD BETHEL LTDA** no acudió al juicio oportunamente y su representación se ha llevado a cabo por medio de curador ad-litem, sin que en el expediente obre constancia de las razones aducidas como justificativas para la terminación del contrato de trabajo del demandante. Se resalta que las pruebas solamente pueden allegarse en las etapas respectivas del proceso laboral que, en todo caso, son preclusivas. Por ende, en este aspecto, no se acepta el argumento del curador *ad-litem* al afirmar que la demandada podía aportar documentos adicionales en la segunda instancia para demostrar el tipo de contrato que existió entre las partes y las demás circunstancias fácticas. Lo anterior, por cuanto en virtud del artículo 83 del CPTSS le está vedado a los interesados solicitar al Tribunal la práctica de pruebas no pedidas ni decretadas en primera instancia.

Ahora, el periodo de prueba, a la luz de los artículos 74 y s.s. del CST, es la etapa inicial del contrato de trabajo que tiene por objeto, por parte del empleador, apreciar las aptitudes del trabajador, y por parte de éste, la conveniencia de las condiciones del trabajo; siempre debe constar

por escrito y para un periodo máximo de dos meses, tiempo durante el cual el trabajador goza de todas las prestaciones.

Siendo ello así, al no demostrarse por parte del empleador a qué solicitud de cambio se hace referencia en la carta de terminación, el pacto por escrito del periodo de prueba acordado con el demandante y las razones de la fuerza mayor que impidieron la continuación de la prestación del servicio, se deduce que la intención de **VIGILANCIA Y SEGURIDAD BETHEL LTDA** fue la de dar por finalizado ese vínculo laboral de forma unilateral pero sin justa causa, lo que conlleva al resarcimiento de los perjuicios en los términos del artículo 64 del CST, razón suficiente para confirmar la decisión adoptada por el *a quo*.

- **Sobre la indemnización moratoria**

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

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

Bajo este precedente jurisprudencial y una vez analizados los medios persuasivos aportados al expediente, la Sala confirmará esta condena pues el empleador no compareció al juicio, no adujo ni probó ninguna justa causa para exonerarse de esta pretensión, tampoco demostró que la demora en su proceder tardío estaba precedido de razones válidas que le impidieron cumplir con este propósito, es decir, no hay ninguno elemento que demuestre que actuó de buena fe. Al contrario, al no acreditarse el pago de acreencias laborales, se deduce que hubo

mala fe al no reconocer y pagar oportunamente los salarios y prestaciones sociales a favor del trabajador.

Por lo tanto, al devengar **CRISTOBAL DE JESUS VILLA TAVERA**, durante la vigencia del contrato de trabajo, como salario básico una suma equivalente al salario mínimo legal mensual vigente, (*parágrafo 2° artículo 65 del CST*) surge con meridiana claridad la prosperidad de esta pretensión, motivo por el cual se confirmará la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

#### **RESUELVE**

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

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No.28-2019-00153-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandante **LAURA MARIA RODRIGUEZ AYALA** contra la sentencia proferida el 16 de noviembre de 2021 por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá que declaró la existencia de un contrato de trabajo, tuvo por probadas las excepciones y absolvió a las demandadas de todas las pretensiones, condenando en costas a la parte actora (*min. 22:54, archivo “27.1Audiencia”*).

**I. ANTECEDENTES**

**• DEMANDA**

**LAURA MARIA RODRIGUEZ AYALA** llamó a juicio a **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP** y a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP**, en solidaridad, con el fin de que se declare la existencia del contrato de trabajo, la terminación del mismo a causa de un despido indirecto, que el empleador no pagó oportunamente el último salario y las prestaciones sociales y, en consecuencia, que se ordene a **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP** a reintegrarla sin solución de continuidad a un cargo igual o de mayor

jerarquía. De forma subsidiaria pretende la indemnización por terminación unilateral del contrato por causa imputable al empleador, indemnización moratoria, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que el 04 de diciembre de 2012 entre las demandadas se suscribió el Contrato Interadministrativo No. 1-07-10200-0809-2012, cuyo objetivo principal era la operación, mantenimiento y administración del servicio público de aseo; que el 27 de mayo de 2013, suscribió contrato a término fijo inferior a un año con la empresa **AGUAS DE BOGOTA S.A. ESP** para el cargo de asesora de Asistente de Gerencia Financiera,; que el 27 de junio de 2013 suscribió contrato de trabajo por duración de la obra o por la naturaleza de la labor determinada con la misma empresa y cargo; que por haberse presentado acoso laboral en la Gerencia Financiera de la empresa y en estado de embarazo, el 14 de julio de 2015 solicitó traslado hacia otra dependencia, recibiendo respuesta positiva en la misma fecha, donde se le notificó que debía realizar las actividades laborales para la coordinación de nómina de la Gerencia de Gestión Humana, con el mismo cargo asistencial y asignación salarial.

Manifestó que el 25 de julio de 2015, se afilió al SINDICATO DE EMPRESA DE TRABAJADORES AGUAS DE BOGOTA SA ESP Y ASEO DE BOGOTA-SINTRAB, siendo elegida el 26 de mayo de 2016, en Asamblea General, como Secretaria General Suplente de esa organización sindical, modificación de junta directiva inscrita oportunamente ante el Ministerio de Trabajo; que el 26 de abril de 2017, la Junta Directiva SINTRAB solicitó un espacio con la Gerencia de Gestión Humana con el fin de tratar temas de clima laboral, en esa reunión se expuso la preocupación que venía presentando la Junta Directiva de SINTRAB, frente a la afectación del clima laboral de sus asociados, ante la decisión unilateral de su administración de quitarles las actividades laborales a los trabajadores, del mismo modo se le puso de presente los efectos en su estado de salud física y psíquica, por lo que se generó el compromiso de revisar su caso.

Que por necesidades del servicio le dieron orden de traslado a partir del 22 de mayo de 2017, con la líder del proceso de selección y reclutamiento, decisión reiterada en comunicación del 21 de septiembre de 2017, por lo que se presentó a trabajar ante esa líder en la sede Gran América; que desde esa fecha hasta la renuncia nunca le asignaron labores, a pesar de haber hecho múltiples requerimientos, además que el puesto de trabajo no contaba con las condiciones ni las herramientas adecuadas para laboral, incluyendo la silla donde debía sentarse en toda la jornada laboral, pues era una silla Rimax (sic), teniendo antes una silla ergonómica, a pesar de solicitar su cambio, que esas conductas fueron sistemáticas y reiteradas y generaron un mal ambiente laboral, cuya finalidad era la de atentar contra su integridad.

Precisó que el 14 de diciembre de 2017, se informó sobre una novedad reportada el 07 de diciembre anterior por el no acatamiento de órdenes e incumplimiento de sus funciones, la cual nunca conoció; que el 18 de diciembre de 2017, presentó carta de renuncia con justa causa imputable al empleador y a la fecha de la presentación de la demanda no ha habido sido cancelado el último salario, prestaciones sociales y la liquidación final de acreencias laborales (*pág. 1 a 14, archivo "003Demanda"*).

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP** se opuso a las pretensiones. Aceptó la existencia del contrato interadministrativo, los contratos de trabajo con la demandante, el cargo desempeñado, el traslado a la gerencia de gestión humana, la afiliación y designación como miembro de la junta directiva de la organización sindical, la reunión adelantada con SINTRAB, el horario de trabajo, la vinculación en el marco del contrato interadministrativo suscrito con la EAAB y el último salario devengado. Expresó que los demás hechos no eran ciertos y formuló las excepciones de *cobro de lo no debido*, inexistencia del derecho reclamado y la innominada o genérica (*pág. 1 a 13, archivo "012. ContestaciónDeDemanda"*).

La **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP** se opuso a las pretensiones. Acepto la realización del acuerdo de formalización laboral adelantado en el año 2013 y la presentación de la reclamación administrativa. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación*, falta de legitimación por pasiva, cobro de lo no debido, compensación, buena fe, mala fe de la demandante, indebida integración del contradictorio y la innominada o genérica (pág. 1 a 23, archivo “016ContestaciónDeDemanda”).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 22:54, archivo “27.1Audiencia”)

El 16 de noviembre de 2021, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR que entre la señora LAURA MARIA RODRIGUEZ AYALA y la empresa AGUAS DE BOGOTA S.A. E.S.P existió un contrato de trabajo por obra o labor determinada entre el 27 de mayo de 2013 y 18 de diciembre del año 2017. SEGUNDO: ABSOLVER a las demandadas AGUAS DE BOGOTA S.A E.S.P. y la EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA de las demás pretensiones incoadas en su contra por parte de la demandante la señora LAURA MARIA RODRIGUEZ AYALA. TERCERO: DECLARAR PROBADOS los medios exceptivos propuestos por el extremo pasivo. CUARTO: CONDENAR en costas de esta instancia a la demandante. Se señalan como agendas en derecho la suma de \$500,000, conforme se expuso en la parte motive de esta sentencia. QUINTO: En caso de no ser apelada la presente decisión, se deberá consultar con el superior, por resultar adverse a los intereses de la demandante (...)”.*

Para resolver la Juez indicó que no hubo discusión de la existencia de la relación laboral, vinculó que se terminó por decisión de la trabajadora el 18 de diciembre de 2017. Frente al reintegro manifestó que es excepcional y procede en determinadas circunstancias, por ejemplo, las trabajadoras en estado de embarazo

o lactancia, los trabajadores discapacitados, los trabajadores con fuero sindical o aquellos que han denunciado acoso laboral; que el fuero sindical y el acoso laboral tienen un mecanismo ágil y eficaz para su protección, no siendo viable su estudio en este proceso, motivo por el cual absolvió a la demandadas del reintegro y de las demás pretensiones principales.

Sobre el despido indirecto, manifestó que la demandante terminó de forma unilateral el contrato de trabajo pero al revisar toda la documental aportada, advirtió que la asignación de lugar de trabajo realizada el 19 de mayo de 2017, no trasgredió ni modificó dicha vinculación, que en la carta de terminación aduce que fueron los comportamientos de acoso laboral los que la llevaron a la tomar la decisión pero no acudió a los mecanismos establecidos para ese fin; frente a la persecución laboral señaló que el empleador le concedió los permisos, por calamidad doméstica, por estudios, lo que demuestra que se le daba un trato considerable de acuerdo con su situación personal y profesional; en todo caso, advirtió que la parte actora no cumplió con la carga de demostrar que el empleador incurrió en las conductas imputables en la carta de terminación, por lo que no procedía la indemnización por despido indirecto. Que tampoco había lugar a la indemnización moratoria por acreditarse el pago de la liquidación final del contrato y aceptar la demandante en el interrogatorio que recibió los salarios y prestaciones.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN.**

El apoderado de la demandante interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia y se accedan a las pretensiones principales o subsidiarias.

Adujo que el despacho tuvo confusión en los cambios de cargos, puesto que hubo un segundo cambio de cargo y de sus funciones que conllevó a una desmejora de la situación de su cliente, pues ocurrió por motivos de persecución y de acoso laboral; que no se tuvieron en cuenta los audios y no se analizaron de forma integral las pruebas aportadas con la demanda; que la desmejora obedeció a

circunstancias como las condiciones de puesto de trabajo, del lugar donde desempeñada las actividades y las propias actividades que eran nulas; y frente a la falta de pago de los factores salariales, manifestó que esa carga no estaba en cabeza del trabajador, sino de la empresa, y en el plenario está acreditado que la fechas de esos pagos no se hicieron en un término prudencial y razonable, existiendo mala fe de la demandada (*min. 24:12, archivo “27.1Audiencia”*).

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, los apoderados de las demandadas solicitaron se confirme la sentencia de primera instancia. No hubo intervención de la parte demandante.

#### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

Le corresponde a la Sala determinar si la demandante acreditó las justa causas del despido indirecto y la procedencia de las pretensiones principales y subsidiarias, de conformidad con los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico para ello.

#### **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** el 27 de mayo de 2013, la demandante **LAURA MARIA RODRIGUEZ AYALA** y **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP** suscribieron contrato de trabajo a término fijo para ocupar el cargo de asistente gerencia financiera y a partir del 27 de junio de 2013 se celebró un contrato por obra o labor para cumplir la misma función (*pág. 14, 15, 17 y 18, archivo “012ContestacionDeDemanda”*); **ii)** y que el 18 de diciembre de 2017,

la demandante terminó el contrato de trabajo unilateralmente aduciendo causas imputables al empleador (*pág. 16 a 25, archivo “003Demanda”*).

**- Sobre el despido indirecto.**

El artículo 62 CST consagró las justas causas para terminar, de forma unilateral, el contrato de trabajo, tanto por el empleador como por el trabajador. Dicha norma establece el deber para quien finaliza unilateralmente en el contrato de manifestar a la otra parte, al momento de la extinción, la causal o motivo de dicha decisión, sin que posteriormente pueda alegar válidamente causales o motivos distintos, prohibición ratificada en el artículo 66 CST. Cuando es el trabajador el que termina la relación de trabajo alegando una de dichas causas ocurre lo que la doctrina denomina despido indirecto y procede el pago de la indemnización correspondiente.

Al efecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de ha reiterado que la indemnización por despido indirecto opera cuando el trabajador acredita dentro del proceso que presentó renuncia al empleador, señalando los hechos que dan lugar a la misma y exponiendo las razones o justas causas por las cuales considera que esta determinación es imputable al empleador, y prueba efectivamente su ocurrencia. (Sentencia radicado 44155 del 26 de junio de 2012 y SL1082-2020).

**- Sobre el Fuero Sindical.**

A fin de proteger el derecho de organización sindical, la normatividad sustancial laboral consagró la existencia de un fuero que protege a ciertos trabajadores por su importancia en la organización, garantía que se elevó a rango constitucional en el artículo 39 de la Constitución Política de 1991.

El artículo 405 del CST define este fuero como la garantía a no ser despedido, desmejorado en sus condiciones de trabajo ni trasladado a otros establecimientos de la misma empresa o a un

municipio distinto, sin justa causa previamente calificada por el juez del trabajo. A su vez, el artículo 406 del CST determinó cuales trabajadores están amparados, incluyendo los miembros de la junta directiva y subdirectiva de todo sindicato, federación o confederación de sindicatos, sin pasar de cinco (5) principales y cinco (5) suplentes, así como los miembros de los comités seccionales, sin pasar de un (1) principal y un (1) suplente. Este amparo se hará efectivo por el tiempo que dure el mandato y seis (6) meses más.

Y el artículo 408 del CST consagra que comprobada la desmejora el juez debe ordenar la restitución del trabajador al lugar donde antes prestaba sus servicios o a sus anteriores condiciones de trabajo, y se condenará al empleador a pagarle las correspondientes indemnizaciones.

Respecto la naturaleza y finalidad del fuero sindical, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha precisado que dicho fuero garantiza la calificación judicial previa para despedir, desmejorar las condiciones de trabajo o trasladar a otros establecimientos a aquellos trabajadores señalados en el artículo 406 del CST (SL Rad. 15.013 del 27 de febrero de 2001), protegiendo y garantizando los derechos de asociación, de libertad sindical y negociación colectiva (SL5119 de 2018 y SL4818 de 2020). Por su parte, en la sentencia SL13275 de 2016, la misma Corte reiteró que el fuero procura evitar que el empleador perturbe indebidamente la acción legítima de los sindicatos reconocida constitucionalmente, de allí que se haya consagrado un proceso especial para solicitar autorización judicial previa para despedir, trasladar o desmejorar las condiciones de trabajo de aquellos trabajadores aforados o para que en caso de que dichas acciones hayan sido ya efectuadas sin la respectiva autorización, el trabajador pueda solicitar su reintegro.

**- Sobre el acoso laboral.**

A fin de prevenir, corregir y sancionar el acoso laboral y otros hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo, la Ley 1010 de 2006 facultó a las víctimas de acoso laboral a poner en conocimiento

del Juez del Trabajo la ocurrencia de una situación continuada y ostensible de acoso laboral para que se apliquen las medidas sancionatorias que establece la misma disposición normativa.

En el artículo 2° de la citada Ley, define el acoso laboral como *toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado, trabajador por parte de un empleador, un jefe o superior jerárquico inmediato o mediato, un compañero de trabajo o un subalterno, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, a causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo*. Conductas que pueden materializarse a través del maltrato, persecución, discriminación, inequidad, desprotección y entorpecimiento laboral, cuyos comportamientos fueron descritos en el artículo 7° *ibídem*. No obstante, la misma norma consagra algunas acciones que no son constitutivos de acoso laboral, sino que corresponden a las exigencias u órdenes que puede impartir el empleador en virtud del contrato de trabajo.

El artículo 11 de la citada disposición, consagra una protección especial a favor de la víctima por acoso laboral, consistente en la ineficacia del despido realizado como represalia por las quejas o denuncias que sobre el particular se hayan presentado, *siempre y cuando la autoridad administrativa, judicial o de control competente verifique la ocurrencia de los hechos puestos en conocimiento*.

Al respecto, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que en la ley de acoso laboral **i)** Existe una presunción legal a favor de quienes hayan hecho uso de los procedimientos contemplados en la Ley 1010 de 2006; **ii)** La presunción consiste en que si ocurre un despido dentro de los seis meses siguientes a la fecha de la petición o la queja esta se entiende tuvo lugar con ocasión del acoso; **iii)** En los eventos en que opera la presunción, es al empleador a quien le corresponde demostrar que la terminación del contrato de trabajo no fue producto de la denuncia presentada por el trabajador; **iv)** La conducta objeto de denuncia debe enmarcarse dentro de las señaladas en el artículo 7° de la Ley 1010 de

2006, lo cual exige de la autoridad administrativa o judicial competente su verificación; **v)** No es necesario la imposición de sanciones para gozar de dicha garantía, pues se le brinda a quienes también hagan uso de los procedimientos preventivos; **vi)** es imperativo que la autoridad administrativa o judicial encuentre acreditada o verificada la conducta de acoso.

No obstante, dice la Corte, teniendo en cuenta la definición, conductas y la garantía contemplada en el numeral 1.º del artículo 11 de la Ley 1010 de 2006, que si bien esta última norma establece una presunción legal, necesariamente debe en estos casos acreditarse la conducta realizada a efectos de dar aplicación a las prerrogativas que se contemplan por retaliación (SL17063-2017, SL058-2021, SL4313-2021).

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, el Juzgado de primera instancia declaró la existencia del contrato de trabajo y absolvió a las demandadas de las demás pretensiones, condenando en costas a la parte actora.

Para resolver el recurso de apelación, se observa el escrito de renuncia motivada presentada por el demandante el 18 de diciembre de 2017 y recibido por **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP** en la misma fecha (*pág. 16 a 25, archivo “003Demanda”*).

De dicho documento se advierte que la actora motivó su renuncia en una insistente y reiterada persecución laboral dada su condición de directiva sindical, generados por los cambios drásticos y suspensiones de las obligaciones contractuales, materializadas en el traslado de lugar de trabajo, la no asignación de funciones, la falta de herramientas adecuadas para la prestación del servicio, discriminación y equidad laboral ante la ausencia de funciones, trato inequitativo, diferencial, sistemático y prologando, que le generó afectación en su salud física, psicológica y emocional, hechos presentados desde el 19 de mayo de 2017, fecha en que le notificaron la decisión de traslado.

Siendo ello así, para la Sala es contundente que todas esas causales de terminación, en principio, debieron ser tramitadas por la vía de la acción de fuero sindical, por desmejora o traslado de un trabajador que dice gozar de la garantía foral (artículo 408 del CST y 18 del CPTSS), y por el procedimiento especial de acoso laboral previsto en el artículo 13 de la Ley 1010 de 2006, pues precisamente esos mecanismos sumarios los indicados para debatir de forma concentrada e individual este tipo de asuntos, no siendo posible, incluso, la acumulación de pretensiones diferentes a las establecidas en la respectiva acción.

No obstante, por la forma en que fue formulada la apelación donde se insiste en la presencia de conductas de acoso laboral, al reclamarse el despido y de forma subsidiaria el pago de la indemnización del artículo 64 del CST., la Sala se ocupara de su estudio, advirtiendo que no se propuso la respectiva excepción previa por la parte pasiva, motivo por el cual esa falencia procedimental se convalidó en virtud de lo dispuesto en el artículo 133 del CGP.

Ahora, en aplicación del principio de consonancia, para resolver lo referente al reintegro o a la indemnización por despido indirecto, la Sala solo se pronunciará respecto de las pruebas documentales aportadas por la demanda que en la alzada se reprochan como no valoradas en su integridad por parte del *a quo*.

La figura del reintegro objetivo en las relaciones del trabajo desapareció del mundo jurídico en virtud de la modificación introducida por la Ley 50 de 1990, salvo para aquellos trabajadores que al momento de entrar en vigencia dicha Ley (28 de diciembre), tuvieran diez (10) o más años al servicio continuo del empleador. Por eso, en la actualidad, tan solo en algunos casos específicos es viable la reincorporación al empleo (por embarazo o lactancia, aforados sindicales, estabilidad laboral reforzada de personas discapacitadas, prepensionados y víctimas de acoso laboral).

En el caso objeto de estudio, se infiere de la demanda que se pretende el reintegro por tener la demandante la calidad de aforada sindical y ser víctima de conductas tipificadas como de acoso laboral. Frente al primer supuesto y al no haber sido objeto de alzada, la Sala se releva de su análisis.

Frente al segundo supuesto, una vez revisada toda la documental aportada por la parte actora, la Sala confirmará la decisión de primera instancia en este aspecto puesto que no se presentaron conductas persistentes y demostrables del presunto acoso laboral, en la forma alegada por la recurrente.

Para dar respuesta a cada uno de los argumentos elevados en la alzada, sea lo primero resaltar que el presunto acoso se presentó desde el 19 de mayo de 2017. Sin embargo, de ninguno de los documentos y correos electrónicos aportados se puede inferir la comisión de infracciones tendientes a infundir miedo, intimidación, terror, angustia, a causar perjuicio laboral o desmotivación al trabajador, menos aún a entorpecer sus labores o a poner en riesgo su integridad y seguridad, pues al revisarlos se encuentra lo siguiente:

a. Comunicación GH-400-2017-665 del 19 de mayo de 2017 donde la Gerente de Gestión Humana de **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP** le notifica a la demandante que por razones de servicio a partir del 22 de mayo de 2017 se asigna lugar de trabajo (*pág. 83, archivo “003Demanda”*).

b. Oficio del 23 de mayo de 2017, dirigido al SINDICATO DE EMPRESA DE TRABAJADORES AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP Y ASEO DE BOGOTÁ “SINTRAB” donde la Gerente de Gestión Humana de **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP** informa que ratifica la decisión tomada el 19 de mayo de 2017, y reitera que con esa medida no trasgrede el fuero sindical y tampoco constituye conductas de acoso laboral (*pág. 84 y 85, archivo “003Demanda”*).

c. Auto del 31 de mayo de 2017, sobre apertura de investigación disciplinaria y formulación de cargos en contra de la demandante, por la presunta irregularidad al no haber acatado la orden de traslado realizada mediante memorando del 19 de mayo de 2017 y por no haberse presentado a laborar los días 25 y 26 de mayo de 2017 en las horas de la mañana; recurso de reposición contra esa providencia y Auto que lo resuelve de fecha 08 de junio de 2017, donde ordenan la nulidad del segundo cargo formulado (*pág. 28 a 36, archivo “003Demanda”*).

d. Acta de diligencia de descargos del 26 de julio de 2017, proceso 705-2017, donde **LAURA MARIA RODRIGUEZ AYALA** comenta, entre otros aspectos, que considera que el traslado y la suspensión de funciones es una evidente persecución sindical. Allí mismo, la representante del sindicato SINTRAB invitó a las partes a acudir al juez laboral para que resolvieran el conflicto frente a los derechos de la líder sindical (*pág. 37 a 41, archivo “003Demanda”*).

e. Respuesta de SINTRAB a requerimiento del Ministerio de Trabajo en el trámite de investigación por persecución sindical, del 27 de octubre de 2017 (*pág. 65 a 71, archivo “003Demanda”*).

f. Comunicación enviada por la demandante el 13 de julio de 2017, donde le informa a Jhon Alexander Barreto, Coordinador Seguridad y Salud en el Trabajo de **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP**, sobre una remisión para valoración por medicina laboral, ordenada por el área de psiquiatría de la Clínica de Nuestra Señora de La Paz, donde dice que es por razón de la persecución sindical realizada desde el 19 de mayo de 2017 (*pág. 72, archivo “003Demanda”*).

g. Comunicación radicada el 30 de mayo de 2017, donde la actora reitera la persecución laboral y sindical (*pág. 76, archivo “003Demanda”*).

h. Incapacidad médica concedida a la demandante por los días 25 y 26 de mayo de 2017, por el diagnóstico de *infección intestinal viral* (pág. 78, archivo “003Demanda”).

i. Correo electrónico del 30 de mayo de 2017 enviado por **LAURA MARIA RODRIGUEZ AYALA** a Dagoberto Estupiñán Rueda, donde le reitera la negativa de aceptar la orden de traslado (pág. 79, archivo “003Demanda”).

j. Oficio del 21 de septiembre de 2017, donde la empresa **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP** le reitera a la demandante la asignación de funciones notificada el 19 de mayo de 2017 (pág. 86 y 87, archivo “003Demanda”).

k. Historia clínica expedida por la Cruz Roja Colombiana Seccional Cundinamarca y Bogotá, a nombre de la demandante, que da cuenta de su ingreso a servicio de urgencias el 14 de julio de 2017, por una contractura muscular; el 18 de septiembre de 2017 por cefalea debido a tensión y el 30 de octubre de 2017 por contractura muscular (pág. 102 a 110, archivo “003Demanda”).

l. Historia clínica expedida por Compensar, a nombre de la demandante, que da cuenta de su ingreso a servicio de consulta general el 27 de junio de 2017, por una cervicalgia y se expide orden de remisión para psiquiatría (pág. 111 a 113, archivo “003Demanda”).

m. Historia clínica expedida por Clínica Nuestra Señora de la Paz el 11 de julio de 2017 para valoración por primera vez por psiquiatría, donde se diagnosticó trastorno de adaptación (pág. 114 a 116, archivo “003Demanda”).

n. Historia clínica expedida por Clínica de Occidente, a nombre de **LAURA MARIA RODRIGUEZ AYALA**, que da cuenta de su ingreso a servicio de urgencias el 1° y 8 de junio de 2017 por cervicalgia y contractura muscular; 16 de agosto de 2017 por cefalea debido a

tensión; 02 de octubre de 2017 por rinofaringitis aguda; 15 de diciembre de 2017 por cefalea; 07 de mayo de 2018 por laringofaringitis aguda; y 13 de junio de 2018 por gastroenteritis (*pág. 117 a 131 archivo “003Demanda”*).

o. Correos electrónicos enviados por la demandante, entre el 12 de diciembre de 2017 hasta el 18 de diciembre de 2017, relacionados con solicitudes de asignación de funciones (*pág. 132 a 143, archivo “003Demanda”*).

p. Una fotografía y capturas de pantalla de conversaciones a través de plataformas digitales (*pág. 132 a 143, archivo “003Demanda”*). Frente a estos documentos al no existir certeza sobre su autenticidad, al no identificarse al iniciador y receptor, solo hay claridad de su contenido, carecen de validez probatoria, tal y como lo prevé el artículo 7° de la Ley 527 de 1997 (CSJ SL728-2021 y SL4313-2021, entre otras).

Del análisis del conjunto de estas pruebas, la Sala no evidencia, ni siquiera de forma presuntiva, las conductas aducidas por la actora como constitutivas de acoso laboral. Y ello es así, porque de la información que reposa en estos medios de persuasión claramente se desprende que a la demandante se le emitieron órdenes, directrices, se le modificaron y programaron actividades en el marco de la relación laboral, lo que es indicativo que estas fueron realizadas en virtud del poder subordinante que tenía el empleador o sus representantes. Tampoco son demostrativas de la existencia de actos agresivos, expresiones injuriosas, comentarios hostiles o humillantes de descalificación profesional, burlas, tratos discriminatorios respecto a los demás compañeros de trabajo, imposiciones extrañas a su obligación laboral y exigencia de laborar en horarios excesivos, lo que descarta que los requerimientos realizados por parte del empleador constituyan conductas calificadas como de acoso laboral, en los términos consignados en el artículo 7° de la Ley 1010 de 2006.

Además, la documental referida no permite identificar y tener certeza de la forma que en la demandante prestó el servicio a partir del 22 de septiembre de 2017. Esto por cuanto a pesar de que se indicó que los hechos constitutivos del presunto acoso se presentaron a partir del momento en que le notificaron el cambio de lugar de trabajo, tan sólo a partir del 22 de septiembre de 2017 se acató y se materializó esa orden. Carga de la prueba que le correspondía desplegar a la parte actora y que resultaba relevante, puesto que sólo a partir del correo electrónico del 12 de diciembre de 2017 (*pág. 132, archivo “003Demanda”*), ella reiteró que le fueran asignadas funciones, aunado al hecho de que en comunicaciones del 12 y 14 de diciembre de 2017 le socializaron a la actora unas labores a cumplir (*pág. 68 a 71, archivo “012ContestaciónDeDemanda”*).

Distinto es si esas modificaciones al contrato de trabajo se dieron en el marco de actos constitutivos de persecución sindical, con el fin de afectar el derecho de asociación, circunstancias que debieron ventilarse a través del mecanismo idóneo para proteger este derecho fundamental. Desde luego que el hecho de no accionar oportunamente la protección constitucional, por desmejora, traslado, reinstalación o restitución, es presuntivo de que el afectado aceptó tácitamente las modificaciones introducidas a la forma en que se venía prestando el servicio, en virtud del marco potestativo que tiene el empleador en la ejecución del contrato de trabajo.

Igualmente, las observaciones que realizó el demandante respecto del traslado, cambio de puesto de trabajo y equipos, son sin duda temas relacionados con la ejecución del contrato de trabajo, más aún cuando no se probó que con ellas se presentara un entorpecimiento a la labor, actos discriminatorios o maltrato laboral.

Siendo ello así, las pruebas aportadas nos insuficientes para demostrar que contra **LAURA MARIA RODRIGUEZ AYALA** se cometieron conductas arbitrarias, que se le haya impuesto una excesiva carga de trabajo, se le obstaculizó el cumplimiento de la labor

o se puso en riesgo su integridad y seguridad y en general que contra ella se cometieron conductas de acoso laboral, o incluso la existencia de relación de causalidad entre estas acciones y su estado en salud, lo que descarta los planteamientos de la alzada y las pretensiones principales. Con todo, se advierte que en este caso no sería procedente el reintegro al producirse la terminación del contrato de trabajo por renuncia del empleado y no por terminación unilateral o despido por parte del empresario, conforme lo disponen los artículos 10 y 11 de la Ley 1010 de 2006.

Respecto de la indemnización por despido indirecto, se reitera que en virtud del artículo 62 del CST, le correspondía a la parte actora demostrar las causas imputables al empleador como justificativas del rompimiento del vínculo contractual. En dicho escrito se expusieron los motivos alegados para terminar unilateralmente el contrato, pero no significa con ello que los hechos hayan sucedido de esa manera, por lo que, al no estar comprobada su configuración, en los términos referidos en la citada norma, no es procedente el reconocimiento de la prestación indemnizatoria del artículo 64 del CST reclamada, razón suficiente para confirmar la sentencia en este aspecto.

**- Sobre la indemnización moratoria**

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

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

SL3936 de 2018, SL2823 de 2019, SL5595 de 2019, SL2873 de 2020, SL3564 de 2021, entre otras.

Bajo este precedente jurisprudencial y una vez analizada la evidencia del expediente, el Tribunal revocará los ordinales Segundo Tercero, Cuarto y Quinto de la sentencia de primera instancia y, su lugar, condenará al empleador al pago de esta pretensión, pues si bien **LAURA MARIA RODRIGUEZ AYALA** al rendir interrogatorio (*min: 06:40, archivo "03Audiencia", carpeta "22.1Anexos"*) aceptó que durante la vigencia del contrato de trabajo por obra o labor recibió el pago de salarios, también señaló que las prestaciones sociales las recibió parcialmente, es decir, no hubo confesión total en este punto.

Por tanto, le correspondía a la demandada acreditar no sólo los montos reconocidos, sino las fechas en que se hicieron esos desembolsos. En el proceso solo hay prueba de que las cesantías fueron consignadas al FNA el 09 de febrero de 2018 (*pág. 23, archivo "012ContestaciónDeDemanda"*), pero no existe medio persuasivo frente a las demás prestaciones y salarios.

Ahora, el apoderado de la demandante, al formular el recurso de apelación, reconoció que los pagos fueron realizados con posterioridad a la presentación de la reclamación administrativa, sin que ninguna de las partes haya aportado elemento demostrativo de esta condición. Por tal razón, se tomará la fecha en que se radicó la correspondiente reclamación, 19 de julio de 2018, (*pág. 158, archivo "003Demanda"*) y hasta allí se ordenará el pago de la indemnización moratoria, teniendo como salario la suma de \$2.346.107, valor que no fue objeto de discusión y se acredita con la certificación laboral expedida el 08 de agosto de 2019 (*pág. 24, archivo "012ContestaciónDeDemanda"*).

Además, el empleador no adujo ni probó ninguna justa causa para exonerarse de esta pretensión, de lo que se deduce que hubo mala fe con el proceder tardío.

En consecuencia, al haberse instaurado la demanda en los 24 meses siguientes a la terminación del contrato de trabajo, artículo 65 del CST, se condenará a **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP** a pagar la indemnización moratoria causada entre el 19 de diciembre de 2017 hasta el 19 de julio de 2018, 211 días, la cual asciende a la suma de \$16.500.953, monto que deberá indexarse conforme con el IPC certificado por el DANE desde el 20 de julio de 2018 hasta cuando el pago se verifique.

Al prosperar esta pretensión, a continuación, se ocupará la Sala de la responsabilidad solidaria de la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP.**

**- Sobre la responsabilidad solidaria del beneficiario del trabajo o el dueño de la obra.**

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

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

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicó, en la sentencia SL Rad. 38.651 del 5 de febrero de 2014, que para el surgimiento de la precitada solidaridad no basta que la actividad del contratista cubra una necesidad del beneficiario, ya que se debe demostrar que aquel servicio corresponde a una labor propia de las actividades del contratante, relacionada directamente con su

objeto económico, al punto de hacer parte del giro ordinario de sus negocios. Por su parte, en la sentencia SL Rad. 39.000 del 26 de marzo de 2014, la H. CSJ indicó que no basta comparar los objetos sociales del contratista y el beneficiario, sino demostrar que la labor específica del trabajador sea catalogable dentro de las actividades que conforman el giro ordinario de los negocios del contratante, porque de lo contrario no se genera la responsabilidad solidaria, tal y como reitero la Corporación en sentencias SL14692 de 2017, SL2262-2018, SL3774-2021, entre otras.

Descendiendo al caso bajo estudio, **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP** aceptó la existencia del contrato interadministrativo y que la demandante fue empleada en el marco de la ejecución de ese contrato.

El Contrato Interadministrativo No.1-07-10200-0809-2012 fue suscrito entre **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP** y **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP** el 04 de diciembre de 2012, vigente hasta el 11 de febrero de 2018, y tuvo por objeto “*realizar las actividades operativas para la prestación del servicio público de aseo y sus actividades complementarias en toda la ciudad de Bogotá D.C, bajo la dirección y supervisión de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá ESP*”, (pág. 86 a 106, archivo”012ContestaciónDeDemanda”).

En la consideración 29 del referido contrato, se señaló que la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP** tiene por objeto la prestación de los servicios públicos domiciliarios de acueducto, alcantarillado y aseo, lo que acredita que dicha entidad delegó en **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP** una actividad necesaria para el cumplimiento de sus funciones y procesos misionales, por lo que en principio cumpliría el presupuesto exigido por el artículo 34 del CST.

Sin embargo, y a pesar de que la demandante fue contratada en el marco del referido contrato público, sus funciones fueron de resorte administrativo en el cargo de asistente de gerencia financiera, es decir, su labor específica no se puede catalogar en las actividades que conforman el giro ordinario de los negocios del contratante, razón

suficiente para absolver a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP** de la responsabilidad solidaria reclamada.

Por el resultado del análisis de la controversia, se declararán no probadas las excepciones propuestas por **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP** y, por esa misma línea, la Sala se releva del estudio de los medios exceptivos alegados por la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP**.

Las costas de primera instancia estarán a cargo de **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP**, tásense. Sin costas ni a favor ni en contra de **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP**.

Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** la sentencia de primera instancia, salvo lo relacionado con la declaratoria de existencia del contrato de trabajo, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: CONDENAR** a la demandada **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP** a pagar a favor de la demandante **LAURA MARIA RODRIGUEZ AYALA** la suma de \$16.500.953 por concepto de indemnización moratoria, monto que deberá indexarse conforme con el IPC certificado por el DANE desde el 20 de julio de 2018 hasta cuando el pago se verifique, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**TERCERO: DECLARAR** no probadas las excepciones propuestas por **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP**.

**CUARTO: ABSOLVER** a la demandada **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP.** de las demás pretensiones de la demanda y a la **EMPRESA DE ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTÁ ESP** de todas y cada una ellas, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**QUINTO: COSTAS** de primera instancia a cargo de la demandada **AGUAS DE BOGOTÁ S.A. ESP.** y deberán ser fijadas y liquidadas por el *a quo*. Sin costas en segunda instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No. 28-2020-00144-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación presentado por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 17 de noviembre de 2022 proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá mediante la cual reconoció y ordenó pagar a **CARMENZA COLORADO RESTREPO** la pensión de jubilación por aportes en cuantía inicial de \$550.682, a partir del 29 de junio de 2010, retroactivo por la suma de \$67.193.038 por las mesadas causadas entre el 09 de marzo de 2017 al 30 de octubre de 2022, intereses moratorios y costas procesales (*min. 33:03, archivo “25AudioAudiencia”*).

**I. ANTECEDENTES**

**DEMANDA**

**CARMENZA COLORADO RESTREPO** llamó a juicio a la **AADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**

con el fin de que declare, reconozca y condene a la demandada a reconocer y pagar la pensión de jubilación por aportes prevista en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988 con dos mesadas adicionales, retroactivo pensional, intereses moratorios, indexación, condenas ultra y extra *petita* y costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 29 de junio de 1955 y cumplió 55 años el mismo día y mes del año 2010; que **COLPENSIONES** le negó la pensión vejez a través de las resoluciones GNR349088 de 2016, GNR7452 de enero de 2017, VPB 6555 de febrero de 2017, SUB103811 de abril de 2018, SUB 192860 de 2018, SUB 192860 de 2018, DIR 13795 julio de 2018, SUB 17815 enero de 2019, SUB 133355 mayo de 2019 y DPE6441 julio de 2019; que en la Resolución GNR349088 de 2016, se indicó que acreditaba 957.85 semanas por presentar inconsistencias en los tiempos públicos con el municipio de Anapoima; que el 06 de febrero de 2019, el municipio de Anapoima corrige los formatos de certificación y con ello acredita un total de 1.077 semanas; que **COLPENSIONES** en la Resolución DPE6441 de julio de 2019 le modificó periodos con menos de 30 días aduciendo pagos inexactos; dice que laboró con el municipio de Anapoima entre el 31 de mayo de 1978 a 14 de marzo de 1980; del 05 de enero de 1981 al 08 de enero de 1982; del 24 de junio de 1990 al 31 de mayo de 1995 y del 01 de junio de 1995 al 14 de junio de 2006, para un total de 965.71 semanas, como independiente cotizó 42.82 semanas y con empleadores privados 68.57 semanas (*pág. 1 a 8, archivo “03Demanda” y pag. 1 a 2 archivo “10Subsanacion”*).

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó la expedición de los actos administrativos mediante los cuales negó la pensión vejez a la demandante. Expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia del derecho y cobro de lo no debido*, prescripción y caducidad parcial y/o total sobre

mesadas pensionales y otros, buena fe y la innominada o genérica (pág. 1 a 6, archivo “16ContestacionColpensiones”).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 33:03, archivo “25AudioAudiencia”).

El 17 de noviembre de 2022, el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

**(...) PRIMERO:** CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES a reconocer y pagar a la demandante la señora CARMENZA COLORADO RESTREPO la pensión de jubilación por aportes en los términos de la Ley 71 de 1988, esto a partir del 29 de junio de 2010, en cuantía inicial \$550.682 y por 14 mensualidades al año, conforme se dijo en la parte motiva de esta decisión. **SEGUNDO:** CONDENAR a la demandada a pagarle a la demandante el retroactivo pensional causado entre el 9 de marzo de 2017 al 30 de octubre de 2022 en cuantía de \$67.193.038, sin perjuicio de las que se causen con posterioridad a tal fecha. **TERCERO:** DECLARAR probada la excepción de prescripción respecto de las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 9 de marzo de 2017. **CUARTO:** CONDENAR a la demandada a reconocer y pagar a la demandante los intereses moratorios contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 a partir del 9 de marzo de 2017 y hasta la fecha en que la demandante sea incluida en la nómina de pensionados en debida forma. **QUINTO:** AUTORIZAR a la demandada a que descuente del retroactivo correspondiente a favor de la actora el porcentaje que en derecho corresponde los aportes pertinentes y con destino al Sistema de Seguridad Social en Salud. **SEXTO:** las COSTAS de esta instancia están a cargo de la demandada COLPENSIONES, Se señalan como agencias en derecho la suma de \$2.000.000. **SÉPTIMO:** en caso de no ser apelada la presente decisión, se deberá consultar con el superior en cuanto le resultó adversa a los intereses de la administradora demandada (...)

El Juzgado definió el problema jurídico en determinar si **CARMENZA COLORADO RESTREPO** reunía los requisitos para ser beneficiaria de la pensión de jubilación por aportes y, si como consecuencia de ello, se debía condenar a la demandada al pago del retroactivo pensional debidamente indexado junto con las mesadas adicionales e intereses moratorios.

Para resolver indicó que no hubo discusión en que la demandante es beneficiaria del régimen de transición, nació el 29 de

junio de 1955 y cumplió 55 años de edad el 29 de junio de 2010; que conforme con la certificación expedida por el Municipio de Anapoima, la accionante laboró entre el 31 de mayo de 1978 al 14 de marzo de 1980, del 05 de enero de 1981 al 08 de enero de 1982, del 24 de junio 1990 al 31 de diciembre de 1994 y del 01 de enero de 1995 hasta el 14 de junio de 2006, y el último periodo fue cotizado al ISS hoy COLPENSIONES.

Precisó que existen periodos no cotizados por el empleador Municipio de Anapoima, esto es, por los periodos 01/2000, 02/2000, de 05/2001 a 05/2002 y en los periodos 06/2000, 03/2003, 02/2004, 08/2005, 11/2005, 02/2006, 03/2006, 04/2006 no se reportan el total de los días laborados, por lo que una vez convalidados los tiempos faltantes arrojan la suma de 69.4 semanas adicionales a las certificada por **COLPENSIONES**, motivo por el cual concluyó que la demandante acredita un total de 7.538 días que equivalen a 1.077 semanas superando los 20 años exigidos por la ley 71 de 1988, consolidando el derecho al reconocimiento y pago de la pensión en cuantía inicial de \$550.682 para el año 2010, en 14 mesadas anuales y, por efectos de prescripción, con efectividad a partir del 09 de marzo de 2017, junto con los correspondientes intereses moratorios, hasta la fecha en que se realice el pago de la obligación.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Adujo que según la historia laboral la demandante no cumple con los requisitos del artículo 7° de la Ley 71 de 1988 por cuanto acredita un total de 956 semanas equivalentes a 18 años, 6 meses y 29 días al 31 de diciembre de 2014, fecha límite del régimen de transición. Frente a la condena por intereses moratorios indicó que estos se causan por la mora en el pago de prestaciones ya reconocidas, situación que no ha sucedido, por lo que considera no hay lugar a dicha condena. Finalmente, sobre la condena por costas procesales, señaló que conforme con el artículo 48

Constitucional, los dineros de la seguridad social no pueden ser usados para otro fin ajeno a la seguridad social (*min. 35:18, archivo “25AudioAudiencia”*).

#### IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Alida Del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con C.C. 37.627.008 y titular de la T.P 221.228 del C.S.J., a quien se tendrá como apoderada sustituta de dicha entidad, y en su escrito de alegatos reiteró que la demandante no acredita el requisito de semanas para acceder a la pensión vejez por cuanto solo acumula 1.006,86 y hasta el 01/01/1995 registra afiliación al ISS.

Por su parte, el apoderado actor solicitó la confirmación de la sentencia de primera instancia.

#### V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

#### VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66<sup>a</sup> y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación presentado por **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si **COLPENSIONES** incurrió en omisión del cobro de aportes en mora con el empleador Municipio de Anapoima por los periodos 2000/01, 2000/02, 2000/04, 2000/06, 2001/006 a 2002/04, 2004/02, 2005/08, 2006/02, 2006/03 y 2006/04, establecer si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación por aportes prevista en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988 con su correspondiente retroactivo e intereses moratorios, y lo correspondiente a la condena en costas.

## VIII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i) CARMENZA COLORADO RESTREPO** nació el 29 de junio de 1955 (*pág. 3, archivo “10Subsanacion”*); **ii)** laboró para el municipio de Anapoima desde el 31 de mayo de 1978 al 14 de marzo de 1980; 05 de enero de 1981 al 08 de enero de 1982; 24 de junio de 1990 al 31 de diciembre de 1994 y del 01 de enero de 1995 hasta el 14 de junio de 2006 (*pág. 14 a 21, archivo “10Subsanacion”*); **iii)** la demandante acredita en su historia laboral actualizada al 29 de enero de 2021 un total de 1006,86 (*pág. 1 a 8, archivo “GRP-SCH-HL-66554443332211\_1910-20210129081409” carpeta “16ExpedienteAdministrativo”*); **iv) COLPENSIONES** a través de las resoluciones GNR349088 del 22 de noviembre de 2016, GNR7452 del 12 de enero de 2017, VPB6555 del 17 de febrero de 2017, SUB103811 del 18 de abril de 2018, SUB192860 del 19 de julio de 2018, DIR13795 del 30 de julio de 2018 y SUB17815 del 22 de enero de 2019 le negó a la accionante la pensión vejez (*pág. 24 a 29, archivo “10Subsanacion”*); **v)** la accionante interpuso recurso de apelación contra la Resolución SUB17815 del 22 de enero de 2019 y **COLPENSIONES** a través de las resoluciones SUB133355 del 28 de mayo de 2019 y DPE6441 del 23 de julio de 2019 confirmó el citado acto administrativo (*pág. 33 a 39 y 53 a 60, archivo “10Subsanacion”*).

- **Sobre la mora del empleador y la responsabilidad de las Administradoras de Pensiones:**

El artículo 22 de la Ley 100 de 1993, señala que el empleador es responsable del pago del aporte al Sistema General de Pensiones, tanto en el porcentaje a su cargo como del porcentaje del trabajador, motivo por el cual la Ley lo faculta para descontar del salario el valor total de la cotización y trasladar dicha suma a la administradora de pensiones que corresponda, señalando que el empleador responderá por la totalidad del aporte cuando no realice su descuento. Por su parte, el artículo 24 de la misma Ley faculta a las administradoras de pensiones para adelantar las acciones de cobro ante el incumplimiento del empleador de pagar los aportes.

Considerando la responsabilidad del empleador y la facultad de cobro de las administradoras de pensiones, la H. CSJ sostiene, de forma pacífica y reiterada, que el trabajador dependiente no debe asumir las consecuencias del incumplimiento del empleador en el pago de aportes, debiendo la administradora de pensiones considerar los periodos en mora como sanción por no ejercer las acciones de cobro, siempre y cuando se acredite una afiliación y un vínculo laboral válidos, porque solo con la efectiva prestación personal del servicio del trabajador se generan las cotizaciones, (*SL5607 de 2019, SL 4295 de 2021, SL1116 de 2022, entre otras*).

Por lo anterior, para contabilizar en la historia laboral los periodos no cotizados por mora del empleador, es necesario que el trabajador acredite la existencia del vínculo laboral durante el periodo en mora y por lo tanto deben existir pruebas razonables sobre la existencia del vínculo laboral.

- **Sobre la pensión de jubilación bajo los postulados de la Ley 71 de 1988:**

Los beneficiarios del régimen de transición pueden obtener la pensión de jubilación prevista en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988 que establece que los empleados oficiales y trabajadores que acrediten 20 años de servicios de aportes sufragados en cualquier tiempo en cajas de previsión y en el ISS hoy Colpensiones y 60 años de edad si es hombre o 55 años si es mujer tendrán derecho a una pensión de jubilación, y el artículo 8° del Decreto 2709 de 1994 establece que la pensión se liquida con el 75% del ingreso base de liquidación. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha determinado que para acreditar el tiempo de servicio para acceder a la pensión de jubilación por aportes se deben tener en cuenta todos aquellos tiempos laborados para entidades oficiales sin importar si fueron o no cotizados a una caja de previsión o no (*SL 4457 de 2014, SL 5567 de 2021 y SL 4300 de 2022*).

Además, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria tiene establecido que para acceder a esta prestación no es necesario que el afiliado reporte cotizaciones al ISS como trabajador particular, al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993, pues al amparo del artículo 7° de la Ley 71 de 1988, no resulta exigible tal requisito (*SL7995-2015, SL15531 -2017, SL851-2019, SL3832-2019, entre otras*).

Sobre el Ingreso Base de Liquidación, para los beneficiarios del régimen de transición que les faltare menos de 10 años el IBL se toma conforme el inciso 3° del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y para aquellos que les faltare más de 10 años a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 el IBL se calcula conforme al artículo 21 *ibidem*.

CASO CONCRETO

Descendiendo al caso bajo estudio procede la Sala a determinar si **COLPENSIONES** incumplió su obligación de cobrar los aportes en mora por parte del empleador Municipio de Anapoima, así:

Obra en el proceso certificación laboral en formatos CLEBP 1, 2 y 3b expedidos por el Municipio de Anapoima que dan cuenta que **CARMENZA COLORADO RESTREPO** laboró para esa entidad desde el 31 de mayo de 1978 al 14 de marzo de 1980, del 05 de enero de 1981 al 08 de enero de 1982, del 24 de junio de 1990 al 31 de diciembre de 1994 y del 01 de enero de 1995 hasta el 14 de junio de 2006 (*pág. 14 a 21, archivo “10Subsanacion”*). Y conforme con la historia laboral, (*pág. 1 a 80 archivo “GRP-SCH-HL-66554443332211\_1910-20210129081409” carpeta “16ExpedienteAdministrativo”*), los periodos laborados hasta el 31 de diciembre de 1994 fueron cotizados a la caja de previsión municipal y fue afiliada al ISS hoy **COLPENSIONES** el 1° de enero de 1995, realizando aportes hasta el 14 de junio de 2006.

Sin embargo, al revisar la historia laboral de **CARMENZA COLORADO RESTREPO** se evidencian inconsistencias por los siguientes periodos:

| PERIODO | DIAS FALTANTES | OBSERVACIÓN                             |
|---------|----------------|-----------------------------------------|
| 2000/01 | 30             | no se encuentra en la historia laboral  |
| 2000/02 | 30             | no se encuentra en la historia laboral  |
| 2000/06 | 20             | pago aplicado al periodo declarado      |
| 2001/05 | 30             | no se encuentran en la historia laboral |
| 2001/06 | 30             | no se encuentran en la historia laboral |
| 2001/07 | 30             | no se encuentran en la historia laboral |

| PERIODO | DIAS<br>FALTANTES | OBSERVACIÓN                                |
|---------|-------------------|--------------------------------------------|
| 2001/08 | 30                | no se encuentran en la historia<br>laboral |
| 2001/09 | 30                | no se encuentran en la historia<br>laboral |
| 2001/10 | 30                | no se encuentran en la historia<br>laboral |
| 2001/11 | 30                | no se encuentran en la historia<br>laboral |
| 2001/12 | 30                | no se encuentran en la historia<br>laboral |
| 2002/01 | 30                | no se encuentran en la historia<br>laboral |
| 2002/02 | 30                | no se encuentran en la historia<br>laboral |
| 2002/03 | 30                | no se encuentran en la historia<br>laboral |
| 2002/04 | 30                | no se encuentran en la historia<br>laboral |
| 2004/02 | 04                | pago aplicado al periodo<br>declarado      |
| 2005/08 | 01                | pago aplicado al periodo<br>declarado      |
| 2005/11 | 02                | pago aplicado al periodo<br>declarado      |
| 2006/02 | 01                | pago aplicado al periodo<br>declarado      |
| 2006/03 | 01                | pago aplicado al periodo<br>declarado      |
| 2006/04 | 01                | pago aplicado al periodo<br>declarado      |
| TOTAL   | 450               |                                            |

Teniendo en cuenta lo anterior, y dado que la demandante logró acreditar el vínculo laboral durante los periodos en mora y que **COLPENSIONES** incumplió su obligación de efectuar el cobro de dichos aportes, dicha entidad debe asumir los referidos periodos e incluirlos en la historia laboral, sin perjuicio de que inicie las acciones judiciales que estime pertinentes contra el Municipio de Anapoima por los días adeudados. Pese a que se encuentra inconsistencias en los

periodos 1999/08, 1999/09, 2003/04, 2004/02 y 2005/09, tal aspecto no fue objeto de recurso, por lo que la Sala se releva de su estudio.

Resuelto lo referente a la mora patronal, la Corporación verificará si **CARMENZA COLORADO RESTREPO** acredita los requisitos para acceder a la pensión de jubilación por aportes.

La demandante nació el 29 de junio de 1955 (*pág. 3, archivo “10Subsanacion”*), al 1° de enero de 1995, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 por ser empleada del sector territorial, y contaba con 39 años, siendo beneficiaria del régimen de transición. Además, acredita en su historia laboral un total de 1006,86 (*pág. 1 a 80 archivo “GRP-SCH-HL-66554443332211\_1910-20210129081409”, carpeta “16ExpedienteAdministrativo”*), semanas que sumadas a las 64.28 que se encuentran en mora por el empleador arroja un total de 1.071,14 semanas hasta el 31 de diciembre de 2009. Por tanto, la accionante al cumplimiento de los 55 años el 29 de junio de 2010 acredita más de 20 años de servicios entre tiempos públicos cotizados a caja de previsión y privados cotizados al ISS hoy **COLPENSIONES**, cumpliendo así los presupuestos establecidos en el artículo 7° de la Ley 71 de 1988, por lo que se confirmará la sentencia en dicho aspecto.

Y pese a que la afiliación al ISS fue obligatoria con ocasión a la entrada en vigencia el Sistema General de Pensiones, sin que antes haya efectuado ninguna cotización a ese fondo de pensiones, dicha circunstancia no impide el reconocimiento prestacional, puesto que no resulta exigible tal requisito (*CSJ SL7995-2015, SL15531 -2017, SL851-2019, SL3832-2019, entre otras*).

- **Sobre el valor de la mesada pensional y el número de mesadas:**

El valor determinado por el *a quo* para el año 2010 asciende a la suma de \$550.682, aspecto que no fue objeto de controversia por parte de la demandante, monto que es superior al SMLMV por cuanto para

esa fecha fue de \$515.000. Sin embargo, para el momento de efectividad de la prestación por efectos prescriptivos, esto es, el 09 de marzo de 2017, el valor de la mesada pensional equivale a \$720.300,49, valor que es inferior al SMLMV que para el año 2017 fue fijado en \$737.717, como se explica en la siguiente tabla:

| AÑO  | IPC AÑO ANTERIOR | VALOR PENSIÓN | VALOR SMLMV |
|------|------------------|---------------|-------------|
| 2010 | N/A              | \$ 550.682,00 | \$ 515.000  |
| 2011 | 3,17%            | \$ 568.138,62 | \$ 535.600  |
| 2012 | 3,73%            | \$ 589.330,19 | \$ 566.700  |
| 2014 | 2,44%            | \$ 603.709,85 | \$ 589.500  |
| 2014 | 1,94%            | \$ 615.421,82 | \$ 616.000  |
| 2015 | 3,66%            | \$ 637.946,26 | \$ 644.350  |
| 2016 | 6,77%            | \$ 681.135,22 | \$ 689.455  |
| 2017 | 5,75%            | \$ 720.300,49 | \$ 737.717  |

Por lo anterior, la Sala se releva de calcular el IBL de la pensión de la demandante y, en consecuencia, se modificará la sentencia de primer grado, en el sentido de precisar que el valor de la mesada pensional para el año 2017 equivale a un SMLMV.

Como la pensión aquí otorgada se causó con anterioridad al 31 de julio de 2011 y es inferior a 3 SMLMV debe pagarse en 14 mesadas anuales, conforme al parágrafo transitorio 6° del Acto Legislativo 01 de 2005. Ahora, debido a que es incierta la fecha en que **COLPENSIONES** incluirá en nómina de pensionados a **CARMENZA COLORADO RESTREPO** no es viable liquidar el valor del retroactivo pensional de forma anticipada y como consecuencia se modificará la sentencia en dicho aspecto.

- **Sobre la excepción de prescripción:**

Para resolver este aspecto, los artículos 488 del CST y 151 del CPT y SS definen la prescripción como una forma de extinguir las acciones que surgen para el reclamo judicial de los derechos laborales

cuando han transcurrido más de 3 años desde que se han hecho exigibles, tratándose de pensiones de vejez esto ocurre frente a cada mesada, dice la norma que este término se interrumpe por una sola vez mediante el reclamo escrito del trabajador recibido por el deudor sobre el derecho o prestación que reclama.

Así las cosas, se tiene que el *a quo* determinó que la prescripción había sido interrumpida con la presentación de la demanda, situación que no fue objeto de recurso, por ende, se tiene que la presente acción fue radicada el 09 de marzo de 2020 (*pág. 1, archivo "07ActaReparto"*), por lo que se encuentran prescritas todas las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 09 de marzo de 2017. Si bien los días del 1° de marzo de 2017 al 08 de marzo de 2017 no se encuentran cobijados por el fenómeno extintivo, no puede modificarse dicha condena en atención a que no fue objeto de recurso por parte de la demandante, lo que conlleva a confirmar la sentencia en este sentido.

**- Sobre los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993:**

El artículo 141 de la Ley 100 de 1993 prevé que en caso de mora en el pago de las mesadas pensionales son procedentes los intereses moratorios a la tasa máxima vigente certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia. Para que sean procedentes se requiere que a la fecha en que el afiliado solicite la pensión de invalidez, vejez o sobrevivencia cuente con los requisitos para acceder a la prestación económica.

La Corte Suprema de Justicia ha determinado que los mismos son resarcitorios y no sancionatorios y proceden sin importar si hubo buena o mala fe por parte de la administradora de pensiones (SL 1681 de 2020, SL3106 de 2022, SL 2408 de 2022 y SL 2257 de 2022 y SL 780 de 2022 entre otras). La misma Corporación de cierre ha determinado que de forma excepcional no procede su condena cuando, por ejemplo, el reconocimiento pensional se efectúa con ocasión de un

cambio jurisprudencial efectuado con posterioridad a la reclamación (*SL787 de 2013, SL4599-2019 y SL-2414 de 2020, entre otras*).

Igualmente, la Alta Corporación ha determinado que los referidos intereses moratorios aplican a todo tipo de pensiones legales, reconocidas con posterioridad a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones (*SL1681-2020, SL205-2022 SL945-2022, entre otras*).

En el presente asunto **COLPENSIONES** negó la pensión de jubilación argumentando que la demandante no acreditaba el número de semanas exigidas, sin sumar o tener en cuenta los periodos en mora por parte del empleador Municipio de Anapoima, a pesar de que como se explicó, dicha entidad cuenta con todos los mecanismos para cobrar los aportes en mora, más aún cuando el deudor es una entidad pública. Por tanto, el argumento para negar la prestación personal resulta injustificado e insuficiente para aplicar la regla excepcional citada, lo que conlleva a que los mismos sean procedentes por la demora en el pago de las mesadas pensionales reconocidas.

Al haber prosperado el fenómeno extintivo de forma parcial, la condena por intereses moratorios debe recaer sobre aquellas mesadas no prescritas y a partir de su exigibilidad. En este caso, la mesada de marzo de 2017 se debió pagar a partir del 1° de abril de 2017 y la de abril de 2017 el 1° de mayo de 2017 sucesivamente, motivo por el cual se modificará el alcance de la condena.

Frente al argumento de apelación referido a que no es procedente la condena en costas, la Sala precisa que no le asiste razón a **COLPENSIONES** por cuanto, conforme al artículo 365 del CGP las mismas serán impuestas a la parte vencida en el proceso, por lo que, al haberse opuesto a las pretensiones y al formular excepciones de mérito en contra del derecho en litigio, sin que su teoría del caso haya tenido prosperidad, esta condena opera por ministerio de la ley, siendo ella quien deba también asumir este concepto.

Sin costas en esta instancia.

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

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el ordinal segundo de la sentencia de primera instancia y en su lugar CONDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a reconocer y pagar a **CARMENZA COLORADO RESTREPO** el retroactivo pensional por las mesadas causadas desde el 09 de marzo de 2017 y hasta cuando se haga efectivo el pago de la prestación. Se precisa que la mesada pensional para el año 2017 equivale a un SMLMV, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el ordinal cuarto de la sentencia de primera instancia y en su lugar **CONDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a pagar a **CARMENZA COLORADO RESTREPO** los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 sobre cada una de las mesadas pensionales adeudadas a partir del 1° de abril de 2017 y hasta cuando se haga efectivo el pago de la prestación económica, conforme lo expuesto a la parte motiva de la presente decisión.

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

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

**QUINTO: SIN COSTAS** en segunda instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No. 29 2019 00584 02**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la demandante **GLADYS STELLA REYES GUTIERREZ** contra la sentencia del 16 de noviembre de 2021 proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se absolvió a la parte pasiva de todas y cada una de las pretensiones y condenó en costas a la parte actora (*min. 21:00, CD fl. 243, expediente físico*).

**I. ANTECEDENTES**

**DEMANDA**

**GLADYS STELLA REYES GUTIERREZ** llamó a juicio al **BANCO MULTIBANK S.A.** hoy **LATAM CREDIT COLOMBIA S.A.** con el fin de que se declare que existió un contrato de trabajo, que para fecha del despido tenía la calidad de prepensionada y gozaba de estabilidad laboral reforzada y, en consecuencia, que se ordene su reintegro a un cargo de igual o mayor jerarquía hasta el momento en que le sea reconocida y ordenada el pago de su pensión de vejez, junto con el pago de salarios,

prestaciones sociales, indemnizaciones, aportes a seguridad social y costas del proceso.

Fundamentó sus pretensiones en que inició a trabajar para **BANCO MULTIBANK** el 11 de mayo de 2015, con contrato a término indefinido, en el cargo de analista de reportes regulatorios, devengando un último salario de \$2.500.000 más comisiones; que el 15 de septiembre de 2016 el Director de Desarrollo Humano de la demandada le comunicó que la compañía había decidido terminar unilateralmente el contrato de trabajo y sin justa causa; que el 30 de septiembre siguiente el Banco realizó la liquidación y pagó la indemnización por despido; que nació el 31 de julio de 1962, contando con 54 de edad a la fecha de la terminación del contrato de trabajo y tenía un total de 1.618.58 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones; y finalmente, que mediante acción de tutela se pretendió lograr el reintegro, pero la misma fue declarada improcedente (*fls. 52 a 56, expediente físico*).

## **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**BANCO MULTIBANK S.A.** hoy **LATAM CREDIT COLOMBIA S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó el pago de la liquidación final del contrato y la indemnización, expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción*, inexistencia de las obligaciones reclamadas y cobro de lo no debido, compensación, pago, buena fe y la innominada o genérica (*fls. 168 a 189, expediente físico*).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

(*Min. 21:00, archivo "CD fl. 243, expediente físico"*)

El 16 de noviembre de 2021, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

**"PRIMERO: ABSOLVER** a la demandada BANCO MULTIBANK S.A. hoy LATAM CREDIT COLOMBIA S.A. de las pretensiones incoadas por la demandante GLADYS STELLA REYES GUTIERREZ, por lo expuesto en la parte considerativa de esta sentencia. **SEGUNDO:** Dada las resultas del proceso, el despacho se abstiene de estudiar las excepciones propuestas. **TERCERO:** En caso de no ser apelado, CONSULTAR el presente fallo ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá-Sala

*Laboral. **CUARTO: CONDENAR** en costas a la parte demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$50.000.”*

Para resolver la Juez indicó que no hubo discusión en la existencia del contrato de trabajo, el cargo, el salario y la forma de terminación de la relación laboral. Que la estabilidad laboral reforzada según la Corte Constitucional es de alcance supralegal, pero que en la sentencia SU03 de 2018, se precisó que cuando se reúnen las semanas exigidas para la causación de la pensión de vejez restando tan sólo el cumplimiento de la edad no opera el fuero de prepensionado, puesto que este requisito puede ser cumplido de manera posterior con o sin vinculación laboral vigente. Que en el presente caso la demandante nació el 31 de julio de 1962, y al momento del despido contaba con 54 años de edad, fecha en la cual se encontraba afiliada al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad-RAIS y tenía un total de 1.618 semanas, por tanto atendiendo los requisitos del artículo 64 y 65 de la Ley 100 de 1993, a pesar de no contar con el ahorro mínimo del 110% para obtener la pensión de vejez, al completar más de 1.150 semanas, podría hacerse acreedora de la pensión de garantía mínima, una vez alcanzara los 57 años de edad.

Bajo ese contexto, concluyó que a la demandante le restaba tan sólo el cumplimiento de la edad, por lo que no acreditaba su calidad de prepensionada para declarar la ineficacia del despido. Y pese a que la accionante presentó otra demanda solicitando la ineficacia del traslado al RAIS el 10 de noviembre de 2017, eso fue con posterioridad al despido y tampoco habría lugar a la pretensión solicitada dado que para la fecha del despido cumplía el requisito de semanas para tener derecho a la pensión de vejez en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, esto es, tenía más 1300 semanas.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN**

Inconforme con la anterior decisión, el apoderado de la parte demandante interpuso recurso de apelación.

Para sustentar el recurso alegó que en el marco del estado social del derecho y en los principios generales que rigen el derecho laboral, el

empleador tenía la obligación de darle a la demandante la oportunidad de continuar trabajando hasta cuando le fuera reconocida y pagada su pensión, pues su salario o su eventual pensión era su fuente de ingreso para poder subsistir, como se deduce de las pruebas testimoniales y como quedó probado en el proceso; además que la entidad no tenía un programa de bienestar social que incluyera el de los prepensionados y con ello brindarle un retiro asistido del servicio y no poner en riesgo los ingresos que le sirvieran para subsistir mientras era incluida en la nómina de pensionados puesto que a su edad difícilmente podía ella volver a conseguir un nuevo trabajo; que en este caso la estabilidad en el empleo, el derecho al trabajo en condiciones dignas, la seguridad social y el mínimo vital de la demandante fueron vulnerados por la demandada (*min. 21:58, CD fl. 243, expediente físico*).

#### **IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN**

Durante el término del traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la parte demandante solicitó en sus alegaciones que se accedan a las pretensiones, reiterando los argumentos elevados en la alzada.

El apoderado principal de la demandada solicitó la confirmación de la decisión de primera instancia.

#### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

Le corresponde a la Sala definir si la demandante gozaba de la garantía de estabilidad laboral reforzada por tener la calidad de prepensionada al momento de la terminación del contrato y, de ser así,

estudiar la prosperidad de las demás pretensiones contenidas en la demanda.

## VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no fue objeto de controversia que: **i)** entre **GLADYS STELLA REYES GUTIERREZ** y **BANCO MULTIBANK S.A.** existió un contrato de trabajo a término indefinido a partir del 11 de mayo de 2015, para ocupar el cargo de analista de reporte regulatorios, vínculo laboral que se mantuvo hasta el 15 de septiembre de 2016, fecha en la cual se dio por terminado el contrato de forma unilateral por parte del empleador, con el reconocimiento de la respectiva indemnización (*fls. 11 a 17, expediente físico*); **ii)** la demandante nació el 31 de julio de 1962, para la fecha del despido tenía 54 años de edad (*fls. 11 a 17, expediente físico*), y había cotizado al Sistema General de Pensiones un total de 1.618 semanas, inicialmente realizadas al ISS y luego a través de AFP PROTECCIÓN (*hecho 6 de la demanda y fls. 18 a 27, expediente físico*).

### - **Sobre el fuero de estabilidad laboral reforzada por condición de prepensionado.**

El artículo 12 de la Ley 790 de 2002, consagró una protección laboral especial a favor de ciertos funcionarios públicos de entidades en procesos de reestructuración administrativa, al limitar el retiro de quienes sufren una limitación física, mental, visual o auditiva, sean madres cabeza de familia sin alternativa económica o cumplan con los requisitos para causar su pensión de vejez en los 3 años siguientes, figura denominada como reten social. La H. Corte Constitucional, en la sentencia SU-389 de 2005, extendió el retén social a favor de los padres cabeza de familia, en virtud del principio de igualdad.

Sobre el alcance de esta protección, la H. Corte Constitucional señaló que no es la estabilidad absoluta, ya que se limita a que los beneficiarios conserven su trabajo el mayor tiempo posible, siendo las últimas personas en ser desvinculadas en los procesos de renovación institucional o hasta la configuración de una justa causa de terminación del contrato debidamente

comprobada, tal y como indicó la Alta Corte en las sentencias T-835 de 2012, T-420 de 2017, T-084 de 2018, T-055 de 2022, entre otras.

Mediante la Sentencia T-638 de 2016, la H. Corte Constitucional concluyó la posibilidad de trasladar el amparo por reten social a favor de los trabajadores del sector privado, para materializar el principio de igualdad y proteger los derechos fundamentales al trabajo, seguridad social, entre otros. Tal decisión se adoptó al considerar que el retén social ya había sido extendido a favor de servidores públicos no considerados inicialmente en la Ley 790 de 2002, por cuanto la sentencia T-802 de 2012 lo extendió a los funcionarios públicos de entidades públicas ajenas al sector central en procesos de renovación, la sentencia T-862 de 2009 lo extendió a los servidores vinculados en provisionalidad o de libre nombramiento y remoción, razón por la cual no había motivo para negar su extensión al sector privado cuando se evidencia una situación de debilidad manifiesta en la cual terminar el contrato de trabajo afecte los derechos a la igualdad, trabajo y seguridad social, por encontrarse en alguno de los 3 casos protegidos por la figura del retén social.

Para el caso específico de la protección del prepensionado, la H. Corte Constitucional indicó en la sentencia T-357 de 2016 la necesidad de acreditar que la persona se encuentre a tres o menos años de adquirir el estatus de pensionado por vejez, esto es, del cumplimiento de los requisitos de edad y tiempo de servicio o semanas cotizadas, posteriormente, en la sentencia T-638 de 2016 la Alta Corte reiteró la sentencia T-009 de 2008, en la cual analizó la Ley 790 de 2002 y 812 de 2003 para concluir que se considera que una persona está próxima a pensionarse cuando está a tres años o menos de adquirir los requisitos para obtener la pensión de jubilación o vejez.

Con la sentencia SU-003 de 2018, la H. Corte Constitucional preciso el alcance del concepto prepensionado y concluyó que dicha figura aplica tanto en el sector privado como público, a favor de las personas vinculadas laboralmente y que están próximas a cumplir los requisitos para acceder a la pensión de vejez, en un plazo de tres años o menos, ya sea porque reúnen la edad y número de semanas o tiempo de servicios requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen

de Ahorro Individual con Solidaridad. No obstante, advirtió esa Corporación que cuando el único requisito para configurar el derecho es la edad, aquel se puede cumplir con o sin vinculación laboral vigente, sin que la falta de dicha relación laboral frustre el acceso a la pensión de vejez, motivo por el cual si solo resta la edad la persona no será titular de la garantía de prepensionado.

El criterio de la H. Corte Constitucional relativo a que procede el fuero de prepensión en el sector privado y que el mismo no se configura cuando el único requisito faltante para cumplir los presupuestos exigidos para causar la pensión de vejez es la edad, fue reiterado en las sentencias T-500 de 2019, T-055 de 2020 y T-385 de 2020, entre otras.

### **CASO CONCRETO**

Teniendo en cuenta los anteriores referentes jurisprudenciales pasa la Sala a resolver el recurso interpuesto, siendo relevante precisar que no hay duda de que dicha figura derivada del retén social es aplicable a los trabajadores del sector privado. Por ello, se advierte que **GLADYS STELLA REYES GUTIERREZ** nació el 31 de julio de 1962 (*fl. 3, expediente físico*), por lo que a la fecha de terminación del contrato de trabajo (15 de septiembre de 2016) tenía 54 años, estando a menos de tres años para cumplir la edad de pensión exigida en el RAIS, para obtener por lo menos la garantía de pensión mínima de vejez, régimen al cual se infiere que pertenecía la demandante en razón a que su historia laboral es expedida por PROTECCIÓN (*fl. 23 a 27, expediente físico*).

A pesar de que la trabajadora estaba a menos de tres años para alcanzar la edad de pensión, al momento de la terminación de su vínculo laboral no cumplía los requisitos para activar el fuero de prepension, por cuanto la H. Corte Constitucional ha sostenido que dicha protección no se genera cuando el único requisito que falta para acceder a la pensión, dentro de tres o menos años, es la edad, tal y como se ha indicado en las sentencias SU-003 de 2018, T-500 de 2019, T-055 de 2020 y T-385 de 2020, entre otras.

En el caso bajo estudio, la misma parte actora aceptó en el hecho 6° de la demanda que para ese momento contaba con un total de 1.618 semanas cotizadas al Sistema General de Pensiones, tanto al ISS hoy COLPENSIONES, como a la AFP PROTECCIÓN. Por ende, la demandante a la fecha de terminación de su contrato de trabajo tenía más de 1.150 semanas cotizadas, por tanto, solo le faltaba completar la edad para acceder a la pensión, motivo por el cual no se causó el fuero reclamado a su favor.

Además, la decisión adoptada por el empleador fue acorde con los parámetros normativos vigentes para ese periodo, pues contaba con plenas facultades para ponerle fin al vínculo contractual, con el correspondiente pago de la indemnización por la ruptura intempestiva, como efecto lo hizo, no siendo necesario el agotamiento de algún trámite previo ni la verificación de las condiciones económicas de la titular del derecho, como lo pretende la alzada, sin que esas actuaciones hayan vulnerado algún derecho fundamental de la empleada. Igualmente, al no tener la accionante la calidad de prepensionada, el empleador no estaba en la obligación de mantener la relación laboral hasta el reconocimiento de la pensión de vejez y su inclusión en nómina de pensionados, al no ser presupuestos legales que se apliquen en este tipo de controversias, lo que descarta los planteamientos de la recurrente.

Con todo, **GLADYS STELLA REYES GUTIERREZ** en el interrogatorio (*min. 12:35, CD fl. 240, expediente físico*) aceptó que posteriormente a la terminación del contrato de trabajo se vinculó laboralmente durante por lo menos dos meses con el Banco Santander, que se trasladó de régimen pensional y que disfrutó de pensión de vejez, lo que es indicativo que la demandada no frustró la expectativa pensional que tenía la trabajadora al momento del despido.

Por todas las anteriores consideraciones, concluye la Sala que no hay motivo para declarar que la terminación del contrato de trabajo haya sido ineficaz, que conllevara al reintegro, razón suficiente para confirmar la sentencia de primera instancia.

Sin costas en segunda instancia.

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en segunda instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No. 29-2017-00115-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación presentado por el curador *ad-litem* del **GIMNASIO JOSEFINA CASTRO DE ESCOBAR LTDA EN LIQUIDACIÓN**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia del 30 de enero de 2023 proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá mediante la cual condenó a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar en favor de la demandante la pensión de vejez a partir del 1° de mayo de 2016, retroactivo pensional por la suma de \$51.324.458 por mesadas causadas entre el 1° de mayo de 2016 hasta el 28 de febrero de 2021, intereses moratorios, condenó al empleador **GIMNASIO JOSEFINA CASTRO DE ESCOBAR EN LIQUIDACIÓN** a pagar el valor de los aportes por los periodos en mora de octubre de 2002 hasta enero de 2006, absolvió a la **FUNDACIÓN PEPA CASTRO** de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a las demás demandadas (*min. 51:58, archivo "17ActaSentencia"*).

## I. ANTECEDENTES

### DEMANDA

**OLGA HERRERA DE PÉREZ** llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** con el fin de que se condene a la accionada a reconocer y pagar la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, a partir del 1° de mayo de 2016, retroactivo pensional, intereses moratorios, indexación, costas procesales y condenas ultra y extra petita.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 11 de agosto de 1956, le solicitó a **COLPENSIONES** el reconocimiento de la pensión vejez el 19 de noviembre de 2014, le fue negada mediante Resolución GNR51608 del 25 de febrero de 2015 bajo el argumento que sólo había cotizado 952 semanas; que al 1° de abril de 2016, se reflejaban en su historia laboral 1.105 semanas; laboró para el **GIMNASIO JOSEFINA CASTRO DE ESCOBAR** desde marzo de 1993 hasta junio de 2009, empleador que no le realizó aportes por los periodos de octubre de 2002 a enero de 2006; posteriormente, radicó solicitud de revocatoria directa el 15 de febrero de 2016, la cual le fue negada por **COLPENSIONES** en Resolución GNR102214 del 11 de abril de 2016 (*pág. 117 a 131, archivo "001Expediente a Folio 295"*).

### CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó todos los hechos salvo que los periodos de 2002 a 2006 no se encuentran acreditados en la historia laboral y formuló las excepciones de *prescripción* e inexistencia del derecho y de la obligación (*pág. 149 a 152, archivo "001Expediente a Folio 295"*).

La **FUNDACIÓN PEPA CASTRO**, fue vinculada al proceso mediante auto del 13 de octubre de 2017 (*pág. 162 archivo "001Expediente a Folio 295"*) y en su escrito de contestación no se opuso

a las pretensiones, indicando que ha cumplido con el pago de los aportes pensionales a su cargo, y solicitó la vinculación de GIMNASIO JOSEFINA CASTRO DE ESCOBAR, María Camila Escobar Castro y Humberto Escobar Escobar. Aceptó la totalidad de los hechos y no presentó excepciones (pág. 429 a 432, archivo "001ExpedienteaFolio295").

El **GIMNASIO JOSEFINA CASTRO DE ESCOBAR LTDA EN LIQUIDACIÓN** fue vinculado al proceso mediante auto del 13 de diciembre de 2018 (pág. 433, archivo "001ExpedienteaFolio295"). Posteriormente, en providencia del 09 de julio de 2020 se ordenó su emplazamiento y el nombramiento de curador *ad litem* (pág. 487, archivo "001ExpedienteaFolio295" y pág. 1, archivo "03autodesignacurador"), en la contestación el curador manifestó que se atiene a lo probado en el proceso, aceptó la totalidad de los hechos y formuló las excepciones de prescripción y la innominada o genérica (pág. 1 a 3, archivo "08ContestacionCurador").

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 51:58 archivo "17ActaSentencia")

El 30 de enero de 2023, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

**(...) PRIMERO:** CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a reconocer y pagar el retroactivo de la pensión de vejez a la señora OLGA HERRERA DE PÉREZ a partir del 1 de mayo de 2016 hasta el 28 de febrero de 2021 por un valor de \$51.324.458, autorizando a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a que realice el descuento de los aportes en salud. **SEGUNDO:** DECLARAR no probada la excepción de prescripción propuesta. **TERCERO:** CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, a reconocer y pagar a la señora OLGA HERRERA DE PÉREZ los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la ley 100 de 1993 sobre el retroactivo causado. **CUARTO:** CONDENAR a la demandada GIMNASIO JOSEFINA CASTRO DE ESCOBAR LTDA. a pagar el cálculo actuarial que realice Colpensiones, por los periodos en mora de octubre de 2002 a enero de 2006 en favor de la demandante teniendo como ingreso base de cotización el SMLMV. **QUINTO:** ABSOLVER a la demandada FUNDACIÓN PEPA CASTRO de las pretensiones incoadas en el presente proceso. **SEXTO:** CONDENAR a la

*ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES y al GIMNASIO JOSEFINA CASTRO DE ESCOBAR LTDA. a pagar las costas del proceso fijando como agencias en derecho la suma \$2.000.000. **SÉPTIMO:** de no ser apelada la presente sentencia por parte de Colpensiones enviarse en consulta ante Honorable Tribunal Superior de Bogotá y se adiciona la sentencia respecto de la declarativa que omitió el despacho señala en la parte resolutive y es DECLARAR que la señora OLGA HERRERA DE PÉREZ tenía derecho al reconocimiento de su pensión de vejez a partir del 1 de mayo de 2016. (...)*

El Juzgado definió el problema jurídico en determinar si las demandadas **GIMNASIO JOSEFINA CASTRO DE ESCOBAR LTDA EN LIQUIDACIÓN** y la **FUNDACIÓN PEPA CASTRO** debían pagar los aportes pensionales que no se encuentran reflejados en la historia laboral por el periodo comprendido entre octubre de 2002 a enero de 2006 y si **COLPENSIONES** tenía la obligación de actualizar la historia laboral de la demandante, reconocer la pensión de vejez, junto con el respectivo retroactivo e intereses moratorios.

Para resolver indicó que conforme al precedente de la Corte Suprema de Justicia a las administradoras de pensiones les asiste la obligación de cobrar los aportes en mora y ante tal omisión deben tenerlos en cuenta para el reconocimiento pensional. Que conforme con las pruebas documentales concluyó que la demandante laboró para el GIMNASIO JOSEFINA CASTRO DE ESCOBAR por los periodos en mora de octubre de 2002 a enero de 2006, relación laboral que se ejecutó desde el 08 de febrero de 1993 hasta el 31 de julio de 2009 devengando la suma de un SMLMV, el empleador realizó aportes en favor de la actora desde marzo de 1993 hasta septiembre de 2002 y reanudo el pago de aportes en febrero de 2006, por lo tanto dedujo que **COLPENSIONES** incumplió con su obligación de cobro de aportes en mora y como consecuencia debía responder por las semanas dejadas de cobrar y tenerlas en cuenta para el derecho pensional de la accionante, y que el empleador omiso debía pagar los aportes adeudados a satisfacción del cálculo actuarial que expida **COLPENSIONES**.

Sobre el derecho pensional indicó que **OLGA HERRERA DE PÉREZ** le fue reconocida una pensión de vejez mediante Resolución SUB124382 del 26 de mayo de 2021 a partir del 1° de marzo de 2021; sin embargo, centró el estudio en establecer si la demandante tenía derecho a la pensión vejez conforme al régimen de transición. Al respecto, indicó que la actora a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 38 años de edad, siendo beneficiaria del régimen de transición, y sumadas las semanas en mora a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, acredita 764 semanas, por lo que dicho beneficio se le extendió hasta el 31 de diciembre de 2014. Además, que cumplió la edad de 55 años el 11 de agosto de 2011, fecha para la cual ya había cumplido los requisitos para acceder a la pensión de vejez conforme al Acuerdo 049 de 1990, por lo que ordenó su pago a partir del 1° de mayo de 2016 cuando la afiliada le solicitó a **COLPENSIONES** la prestación pensional.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

El curador *ad-litem* del **GIMNASIO JOSEFINA CASTRO DE ESCOBAR LTDA EN LIQUIDACIÓN** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Adujo que en el debate probatorio se demostró que era **COLPENSIONES** a quien le correspondía en la jurisdicción coactiva buscar al Gimnasio para verificar si efectivamente hubo una mora en el pago de los aportes y no lo hizo, y que condenar al empleador al pago de los aportes y a **COLPENSIONES** a pagar la correspondiente prestación, se estaría frente a un doble pago (*min. 54:19, archivo "17ActaSentencia"*).

### IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022 la apoderada principal de **COLPENSIONES** sustituyó poder a la doctora Alida Del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con C.C. 37.627.008 y titular de la T.P 221.228 del C.S.J., a quien se tendrá como apoderada sustituta de dicha entidad, y en su escrito de alegatos indicó que el empleador omiso debe realizar el pago de los aportes

adeudados y una vez hecho ello la entidad procederá a estudiar el reconocimiento y pago de la prestación económica.

Las demás partes no presentaron alegaciones en segunda instancia.

## **V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

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

## **VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66<sup>a</sup> y 69 del CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

## **VII. PROBLEMA JURÍDICO**

Le corresponde a la Sala determinar si la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** incurrió en omisión del cobro de aportes por mora del empleador **GIMNASIO JOSEFINA CASTRO DE ESCOBAR LTDA EN LIQUIDACIÓN** por los periodos de cotización 2002/10 a 2006/01; la obligación del empleador y si la demandante tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de vejez, con su correspondiente retroactivo e intereses moratorios.

## **VIII. CONSIDERACIONES**

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: *i)* **OLGA HERRERA DE PÉREZ** nació el 11 de agosto de 1956

(pág. 3 archivo “001ExpedienteFolio295”), acredita un total de 1.303 semanas cotizadas entre el 29 de mayo de 1987 hasta el 28 de febrero de 2021 (pág. 10 a 18, archivo “13ActosSobrevinientesColpensiones”); solicitó a **COLPENSIONES** el reconocimiento de la pensión vejez el 19 de noviembre de 2014, quien mediante Resolución GNR51608 del 25 de febrero de 2015, negó el reconocimiento y pago de la prestación (pág. 4 a 7, archivo “001ExpedienteFolio295”); **ii)** la demandante presentó solicitud de revocatoria directa el 15 de febrero de 2016 contra el citado acto administrativo (pág. 8 a 29 archivo “001ExpedienteFolio295”), la cual fue resuelta de forma desfavorable mediante Resolución GNR102214 de 11 de abril de 2016 (pág. 30 a 33 archivo “001ExpedienteFolio295”); y **vi)** **COLPENSIONES** en Resolución SUB124382 del 26 de mayo de 2021, le reconoció pensión de vejez a la accionante en virtud del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en cuantía de un SMLMV a partir del 1° de marzo de 2021 (pág. 3 a 9, archivo “13ActosSobrevinientesColpensiones”).

- **Sobre la mora del empleador y la responsabilidad de las Administradoras de Pensiones:**

El artículo 22 de la Ley 100 de 1993, señala que el empleador es responsable del pago del aporte al Sistema General de Pensiones, tanto en el porcentaje a su cargo como del porcentaje del trabajador, motivo por el cual la Ley lo faculta para descontar del salario el valor total de la cotización y trasladar dicha suma a la administradora de pensiones que corresponda, señalando que el empleador responderá por la totalidad del aporte cuando no realicé el respectivo descuento. Por su parte, el artículo 24 de la misma Ley faculta a las administradoras de pensiones para adelantar las acciones de cobro ante el incumplimiento del empleador de pagar los aportes.

Considerando la responsabilidad del empleador y la facultad de cobro de las administradoras de pensiones, la H. CSJ sostiene, de forma pacífica y reiterada, que el trabajador dependiente no debe asumir las consecuencias del incumplimiento del empleador en el pago

de aportes, debiendo la administradora de pensiones considerar los periodos en mora como sanción por no ejercer las acciones de cobro, siempre y cuando se acredite una afiliación y un vínculo laboral válidos, porque sólo con la efectiva prestación personal del servicio del trabajador se generan las cotizaciones, tal y como se ha señalado en las sentencias SL5607 de 2019, SL 4295 de 2021, SL1116 de 2022, entre otras.

Así las cosas, la mora del empleador en el pago de aportes, conlleva que la administradora de pensiones deba considerar los periodos en mora como sanción por no ejercer las acciones de cobro, siempre y cuando haya una afiliación válida del trabajador y no exista duda de la prestación personal del servicio.

Además, la Corte Constitucional en sentencia SU-068 de 2022 reiteró que existe libertad probatoria para demostrar la configuración de la mora patronal, pero que, por regla general, la afiliación activa del trabajador y la inexistencia de una novedad de retiro en la historia laboral permiten inferir que: (i) el vínculo laboral se mantuvo durante los periodos acusados de estar en mora; (ii) el empleador tenía el deber de hacer el traslado de los aportes, pero lo incumplió; y, (iii) la administradora de pensiones no adelantó las gestiones pertinentes para obtener el pago de esos aportes. Y que, en algunos casos, es posible que existan dudas serias y fundadas sobre la existencia de la relación laboral que dio lugar a las cotizaciones al sistema de pensiones, no siendo posible establecer que el fondo de pensiones debía adelantar acciones de cobro en favor del trabajador.

**- Sobre la pensión de vejez bajo los postulados del Acuerdo 049 de 1990:**

Los beneficiarios del régimen de transición pueden obtener la pensión de vejez prevista en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, que establece como requisitos tener 60 años de edad si es hombre o 55 si es mujer y un

mínimo de 1.000 semanas en cualquier tiempo o 500 en los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad requerida.

Sobre el Ingreso Base de Liquidación, para los beneficiarios del régimen de transición que les faltare menos de 10 años para adquirir el derecho, el IBL se calcula conforme el inciso 3º del artículo 36 de la Ley 100 de 1993 y para aquellos que les faltare más de 10 años a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el IBL se obtiene conforme al artículo 21 *ibidem*.

### **CASO CONCRETO**

Descendiendo al caso bajo estudio procede la Sala a determinar si **COLPENSIONES** incumplió su obligación de cobrar los aportes en mora por parte del empleador **GIMNASIO JOSEFINA CASTRO DE ESCOBAR LTDA EN LIQUIDACIÓN** por los periodos del 1º de octubre de 2002 al 31 de enero de 2006, para ello la accionante aportó los siguientes medios de prueba:

- Certificaciones laborales expedida por el Gimnasio Josefina Castro de Escobar el 13 de marzo de 2006, 31 de agosto de 2006 y 13 de octubre de 2006 donde se informa que la accionante labora para dicha institución desde el 08 de febrero de 1993 y que estaba prestando el servicio para esas fechas, con un contrato de trabajo a término indefinido (*pág. 50 a 52, archivo "01ExpedienteFolio295"*).
- Certificación laboral expedida por el Gimnasio Josefina Castro de Escobar de fecha 08 de septiembre de 2005, donde certifica que la accionante labora para dicha institución desde el 01 de agosto de 2005, por medio de un contrato de trabajo a término indefinido (*pág. 53, archivo "01ExpedienteFolio295"*).
- Comprobantes de egreso por abono de salarios expedidos por el Gimnasio Josefina Castro de Escobar (*pág. 60 a 70, 77, 96, 97, 208 a 211, por salarios de mayo 2003 a enero de 2006, de forma interrumpida, en algunos de ellos se descontó aportes para seguridad, archivo "01ExpedienteFolio295"*).
- Carta terminación de contrato de trabajo de mutuo acuerdo entre el Gimnasio Josefina Castro de Escobar y la señora Olga Herrera de Pérez de fecha 31 de julio de 2009 donde se da por terminado

un contrato de trabajo a término fijo suscrito el 01 de julio de 2008 (pág. 71 archivo "01ExpedienteFolio295").

- Certificado de ingresos y retenciones año gravables 2004, 2005 y 2006, expedidos por Gimnasio Josefina Castro de Escobar y a nombre de la demandante como su asalariada (pág. 73, 74, 199 y 200, archivo "01ExpedienteFolio295").
- Liquidación final de contrato de trabajo expedida por el Gimnasio Josefina Castro de Escobar de fecha 16 de julio de 2009 donde se estableció como extremos temporales de la relación laboral el 01 de agosto de 2005 hasta el 31 de julio de 2009 (pág. 190, archivo "01ExpedienteFolio295").
- Volantes de pago de primas años 2002, 2005 y 2005 expedidos por el Gimnasio Josefina Castro de Escobar (pág. 203, 205, 207 y 214, archivo "01ExpedienteFolio295").
- Liquidación de contrato de trabajo donde certifican como extremos temporales, del 01 de febrero de 1997 al 30 de noviembre de 1997, del 03 de enero de 1999 al 17 de diciembre de 1999, del 01 de octubre de 2001 al 30 de julio de 2002, del 01 de septiembre de 2002 hasta el 30 de junio de 2003 y del 01 de septiembre de 2003 al 30 de junio de 2004 (pág. 206, 213, 215, 217 y 220, archivo "01ExpedienteFolio295").

Conforme con esa documental, para la Sala es claro que la demandante laboró en servicios generales para el **GIMNASIO JOSEFINA CASTRO DE ESCOBAR**, desde el 08 de febrero de 1993 hasta el 31 de julio de 2009, de forma interrumpida, al parecer por celebrarse contratos por periodos escolares. Sin embargo, una vez analizada la historia laboral de **OLGA HERRERA DE PÉREZ** (pág. 10 a 18 archivo "13ActosSobrevinientesColpensiones"), se tiene que el empleador realizó aportes a nombre de la demandante desde el 16 de marzo de 1993 hasta el 1° de septiembre de 2002 y del 1° de febrero de 2006 hasta el 30 de junio de 2009, sin que aparezcan los periodos del 1° de octubre de 2002 al 31 de enero de 2006 como cotizados, así como tampoco la correspondiente novedad de retiro.

Frente a los periodos reclamados, la demandante logró acreditar que prestó efectivamente el servicio desde 1° octubre de 2002 hasta 30 de junio de 2003 (pág. 213, 246 y 247 archivo "01ExpedienteFolio295"), del 1° de septiembre de 2003 a 30 de junio

de 2004 (*pág. 206, 242 a 244, archivo "01ExpedienteFolio295"*), 20 días en julio de 2004 (*pág. 66, archivo "01ExpedienteFolio295"*), 21 días agosto de 2004 (*pág. 66, archivo "01ExpedienteFolio295"*), del 1° de noviembre a 30 de diciembre de 2004 (*pág. 67 y 68, archivo "01ExpedienteFolio295"*), desde 1° de febrero de 2005 a 30 de marzo de 2005 (*pág. 68 y 70, archivo "01ExpedienteFolio295"*), 18 a 28 de julio de 2005 (*pág. 97, archivo "01ExpedienteFolio295"*), agosto de 2005 (*pág. 96, archivo "01ExpedienteFolio295"*) y enero de 2006 (*pág. 77, archivo "01ExpedienteFolio295"*).

Por lo anterior, a la luz del precedente jurisprudencial, es claro que la demandante logró acreditar el vínculo laboral durante los citados periodos, en donde el empleador tenía la obligación de sufragar los respectivos aportes, pero no lo hizo, y al no estar reportada la respectiva novedad de retiro del servicio, se deduce que **COLPENSIONES** incumplió su obligación y no adelantó las gestiones pertinentes para obtener el pago de esas cotizaciones. En consecuencia, el fondo de pensiones debe asumir e incluir los periodos en la historia laboral de la demandante, que corresponden a la cantidad de 781 días o 111.57 semanas.

En esa medida, se modificará el ordinal cuarto de la sentencia de primera instancia, en el sentido de que la liquidación de la deuda deberá realizarse y pagarse conforme con los tiempos antes determinados, siendo obligación del fondo de pensiones actualizar la historia laboral de la demandante.

Resuelto lo referente a la mora patronal, la Sala verificará si **OLGA HERRERA DE PÉREZ** acredita los requisitos para acceder a la pensión de vejez, teniendo en cuenta los tiempos contenidos en el acto administrativo de reconocimiento pensional, los periodos reflejados en la historia laboral actualizada al 08 de agosto de 2022 (*pág. 10 a 18, archivo "13ActosSobrevinientesColpensiones"*), y los periodos en mora a habilitarse por parte de **COLPENSIONES**.

**OLGA HERRERA DE PÉREZ** nació el 11 de agosto de 1956, (*pág. 3 archivo "001ExpedienteFolio295"*), al 1° de abril de 1994, fecha de entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, contaba con 37 años, por lo que es beneficiaria del régimen de transición en virtud del artículo 36 de dicha Ley; al 29 de julio de 2005, vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, acredita 720,28 semanas, por tanto, al no tener una cifra igual o superior a 750 semanas, su régimen de transición finalizó el 31 de julio de 2010, fecha para la cual no había cumplido el requisito de edad exigido en el Acuerdo 049 de 1990, esto es, 55 años, los cuales completó el 11 de agosto de 2011, lo que descarta el reconocimiento pensional pretendido.

Bajo ese análisis, a la demandante no le asiste derecho a la pensión de vejez bajo los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990, motivo suficiente para revocar los ordinales primero y tercero de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, absolver a **COLPENSIONES** de estos pedimentos.

Como consecuencia de esa determinación, también se absolverá a **COLPENSIONES** de las costas impuestas en primera instancia, las cuales correrán a cargo únicamente de **GIMNASIO JOSEFINA CASTRO DE ESCOBAR LTDA EN LIQUIDACIÓN**, y se confirmará la decisión en lo demás. Se aclara que los aportes a seguridad social son imprescriptibles (SL Rad 35.083 del 06 de mayo de 2010 y SL1272-2016), razón suficiente para declarar no probado este medio exceptivo.

Finalmente, frente a lo manifestado por el curador *ad litem* del empleador **GIMNASIO JOSEFINA CASTRO DE ESCOBAR EN LIQUIDACIÓN**, la Sala rechaza dichos planteamientos, pues si bien en sede judicial se le impone a **COLPENSIONES** asumir los periodos en mora no cobrados, dicha circunstancia no exime al empleador del pago de los aportes pensionales por los periodos en que la trabajadora acreditó efectivamente la prestación del servicio.

Sin costas en esta instancia.

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

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** los ordinales primero y tercero de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, absolver a **COLPENSIONES** del reconocimiento de la pensión de vejez reclamada, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO: MODIFICAR** el ordinal cuarto de la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** a la demandada **GIMNASIO JOSEFINA CASTRO DE ESCOBAR LTDA EN LIQUIDACIÓN** a pagar la liquidación que realice **COLPENSIONES**, por los periodos en mora desde 1° octubre de 2002 hasta 30 de junio de 2003, del 1° de septiembre de 2003 a 30 de junio de 2004, 20 días en julio de 2004, 21 días en agosto de 2004, del 1° de noviembre a 30 de diciembre de 2004, desde 1° de febrero de 2005 hasta 30 de marzo de 2005, 18 a 28 de julio de 2005, agosto de 2005 y enero de 2006, a favor de **OLGA HERRERA DE PÉREZ**, teniendo como ingreso base de cotización un SMLMV, y ordenar al fondo de pensiones a expedir la respectiva liquidación de deuda y a actualizar la historia laboral, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente decisión.

**TERCERO: MODIFICAR** el ordinal sexto de la sentencia de primera instancia en el sentido de absolver a **COLPENSIONES** de costas procesales, las cuales estarán a cargo únicamente del **GIMNASIO JOSEFINA CASTRO DE ESCOBAR LTDA EN LIQUIDACIÓN**.

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

**QUINTO: SIN COSTAS** en segunda instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No. 29-2019-00216-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES** respecto de la sentencia del 07 de febrero de 2023 proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual se condenó a **TERMO ASESORES LTDA** a pagar a **COLPENSIONES** el valor del cálculo actuarial por los periodos comprendidos entre el 1° de junio de 1990 al 28 de febrero de 1991 y del 1° de abril de 1991 al 02 de diciembre de 1991, condenó a **COLPENSIONES** a actualizar la historia laboral del actor y a reconocer la pensión de vejez conforme con el régimen de transición en 14 mesadas anuales, absolvió de las demás pretensiones de la demanda, absolvió a **MARIO ALONSO ARIZA** y condenó en costas a **TERMO ASESORES LTDA.** en cuantía de \$2.000.000 (*min. 46:30, archivo "20ActaArt.77y80C.P.TYS.S.SENTENCIA"*).

## I. ANTECEDENTES

### DEMANDA

**FABIO MORA SÁNCHEZ** llamó a juicio a **TERMO ASESORES LTDA**, **MARIO ALONSO ARIZA GÓMEZ** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** con el fin de que se declaré que existió un contrato de trabajo con **TERMO ASESORES LTDA** desde el 1° de junio de 1990 hasta el 1° de marzo de 1992 y que en dicho periodo el empleador incumplió su obligación de afiliación y cotización al sistema de seguridad social por los periodos comprendidos entre el 1° de junio de 1990 al 28 de febrero de 1991 y del 1° de abril de 1991 al 14 de diciembre de 1991, se declare que el Consorcio Diseño e Invertoria Ltda. no realizó el pago de aportes por los periodos comprendidos entre el 26 de septiembre de 2002 al 07 de noviembre de 2002, se condene a **COLPENSIONES** a liquidar el cálculo actuarial por los periodos no cotizados por los empleadores omisos, y a reconocer y pagar la pensión de vejez conforme al Decreto 758 de 1990 a partir del 01 de diciembre de 2011, intereses moratorios, indexación, condenas ultra y extra *petita* y costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que prestó sus servicios para **TERMO ASESORES LTDA.** desde el 1° de junio de 1990 hasta el 1° de marzo de 1992, pero que el empleador no realizó el pago de los aportes a pensión desde el 1° de junio de 1990 hasta el 14 de diciembre de 1991; que prestó sus servicios para el Consorcio Diseño e Invertoria Ltda. desde el 26 de septiembre de 2002 al 07 de noviembre de 2002 y durante dichos periodos el empleador no realizó el pago de los aportes a pensión; que le solicitó al ISS el reconocimiento de la pensión vejez el 13 de marzo de 2002 y el ISS le otorgó una indemnización sustitutiva por 460 semanas cotizadas; posteriormente, el 07 de mayo de 2008 le solicitó al ISS la corrección de su historia laboral incluyendo los periodos no pagados por los empleadores, entidad que mediante Resolución No. 018592 del 19 de junio de 2008 le otorgó una indemnización sustitutiva por la suma de \$2.269.689 y que dicho dinero nunca fue cobrado.

Manifestó que le solicitó a **COLPENSIONES** la pensión vejez en reiteradas oportunidades, la cual le fue negada; que **TERMO ASESORES LTDA** mediante un documento autenticado aceptó la relación laboral, finalmente que nació el 02 de abril de 1948, es beneficiario del régimen de transición y acredita 624 semanas cotizadas (*pág. 119 a 130, archivo "01ExpedienteFolio159"*).

### CONTESTACIÓN DEMANDA

**TERMO ASESORES LTDA** no se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó el contrato de trabajo y los demás hechos y no formuló excepciones previas ni de fondo (*pág. 141 a 143, archivo "01ExpedienteFolio159"*).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones incoadas en su contra. Como argumento de su defensa adujo que los empleadores no realizaron la respectiva afiliación por lo que no puede proferirse condena en su contra. Aceptó el reconocimiento de la indemnización sustitutiva, la expedición de los actos administrativos mediante los cuales negó la pensión vejez, la fecha de nacimiento del actor y el agotamiento de la vía administrativa. Expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir*, cobro de lo debido, buena fe, declaratoria de otras excepciones y prescripción (*pág. 147 a 153, archivo "01ExpedienteFolio159"*).

**MARIO ALONSO ARIZA** fue emplazado mediante auto del 10 de noviembre de 2021 y le fue nombrado curador *ad litem* (*pág. 1, archivo "04autoOrdenaInscripcionRNERelevaCurador"*). En la contestación el curador *ad litem* se opuso a las pretensiones de la demanda, aceptó los actos administrativos conforme con la documental, la edad del actor y el agotamiento de la vía administrativa. Expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia del derecho y de la obligación*

por falta de causa (pág. 2 a 7, archivo “11ContestacionDemandaCurador01062022”).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 46:30, archivo “20ActaArt.77y80C.P.TYS.S.SENTENCIA”)

El 07 de febrero de 2023, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

**(...) PRIMERO:** CONDENAR a la demandada Termo Asesores Ltda. a pagar el cálculo actuarial que emita la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES por el periodo comprendido entre el 1° de junio de 1990 al 28 de febrero de 1991 y del 1° de abril de 1991 al 02 de diciembre de 1991 en favor del señor Fabio Mora Sánchez. **SEGUNDO:** ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES para que proceda a realizar el cálculo actuarial de acuerdo a los salarios devengados por el actor, en los periodos comprendidos entre el 1° de junio de 1990 al 28 de febrero de 1991 con un IBC de \$202.000 y del 1° de abril de 1991 al 2 de diciembre de 1991 con un IBC de \$234.720. **TERCERO:** ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES, para que una vez sea efectuado el pago proceda actualizar la historia laboral del señor Fabio Mora Sánchez. **CUARTO:** DECLARAR que el señor Fabio Mora Sánchez, le asiste el derecho a que le sea reconocida pensión vitalicia de vejez conforme a lo establecido en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993 en concordancia con lo señalado en el Decreto 758 de 1990. **QUINTO:** Actualizada la historia laboral, ORDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES a reconocer y pagar al demandante Fabio Mora Sánchez, la pensión de vejez, a partir de la fecha en que sea cancelado el cálculo actuarial por la empresa Termo Asesores Ltda, dicho reconocimiento deberá realizarse por 14 mesadas al año. **SEXTO:** ABSOLVER a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra. **SÉPTIMO:** ABSOLVER a Mario Alonso Ariza Gómez de las pretensiones incoadas en su contra en la presente demanda por parte del señor Fabio Mora. **OCTAVO:** CONDENAR en costas a Termo Asesores Ltda. incluyendo como agencias en derecho la suma de \$2.000.000. **NOVENO:** de no ser apelada la presente sentencia por parte de Colpensiones enviarla en consulta ante el Honorable Tribunal Superior de Bogotá (...)

El Juzgado fijó los siguientes problemas jurídicos: determinar si **FABIO MORA SÁNCHEZ** laboró para la empresa **TERMO ASESORES LTDA**, por los periodos comprendidos entre el 1° de junio de 1990 hasta el 1° de marzo de 1992; si había lugar al pago de los

aportes del 1° de junio de 1990 al 28 de febrero de 1991 y del 1° de abril de 1991 al 14 de diciembre de 1991; si laboró para **MARIO ALONSO ARIZA** por los periodos comprendidos del 26 de septiembre de 2002 al 07 de noviembre de 2002; si se debía condenar a las demandadas a transferir a **COLPENSIONES** a través de cálculo actuarial el valor de los aportes por los periodos laborados y, en consecuencia, si era procedente el reconocimiento de la pensión de vejez junto con el pago de intereses moratorios e indexación.

Para resolver la Juez indicó que el demandado **TERMO ASESORES LTDA** aceptó la existencia del contrato de trabajo con el actor, igualmente que en el proceso obran pruebas documentales que dan fe de la relación laboral, los pagos realizados a seguridad social y el salario devengado, por lo que concluyó que el actor prestó sus servicios por los periodos reclamados a este empleador. Señaló que conforme la historia laboral se realizaron aportes desde el 03 de diciembre de 1991 hasta el 1° de marzo de 1992 y hubo falta de afiliación al sistema por parte del empleador por los periodos entre el 1° de junio de 1990 al 28 de febrero de 1991 y del 1° de abril de 1991 al 14 de diciembre de 1991, por lo que a éste le corresponde el pago del cálculo actuarial liquidado por **COLPENSIONES**. Frente al demandado **MARIO ARIZA GÓMEZ** indicó que, si bien se aportó una certificación laboral, el demandante no logró acreditar la existencia de la relación laboral.

Sobre el derecho pensional señaló que el accionante es beneficiario del régimen de transición, que al cumplimiento de los 60 años el 02 de abril de 2008 contaba con 537 semanas en los últimos 20 años anteriores a esa edad, sumando los periodos objeto de cálculo actuarial, de lo que dedujo que cumplía los requisitos para acceder a la pensión vejez conforme al Decreto 758 de 1990, a partir de la fecha en que se realice el pago del cálculo actuarial atendiendo a que existió una falta de afiliación y no una mora patronal.

### **III. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

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

### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada principal de **COLPENSIONES** le sustituyó poder a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con CC 37.627.008 y T.P 221.228 del C.S.J a quien se le reconoce como apoderada de esa demandada para actuar en esta instancia, y en su escrito de alegatos indicó que los empleadores incumplieron con su obligación de afiliación y les corresponde pagar el cálculo actuarial, por lo que no es procedente el reconocimiento de la pensión vejez y solicitó absolver a esa entidad de todas las condenas.

Por su parte, el apoderado del actor solicitó se condene a **COLPENSIONES** por los intereses moratorios.

Las demás partes e intervinientes no presentaron alegatos de conclusión en esta instancia.

### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

## VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si es viable condenar a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar al demandante la pensión de vejez conforme al Decreto 758 de 1990 a partir de la fecha en que el empleador **TERMO ASESORES LTDA.** pague el cálculo actuarial correspondiente.

## VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) FABIO MORA SÁNCHEZ** nació el 02 de abril de 1948 (*pág. 5, archivo “01ExpedienteaFolio159”*); **ii)** laboró para **TERMO ASESORES LTDA** mediante contrato de trabajo a término fijo desde el 1° de junio de 1990 a febrero de 1991 devengando como salario a suma de \$202.000, del 1° de abril de 1991 a 14 de diciembre de 1991 devengando como salario a suma de \$234.720 (*pág. 96 a 101, archivo “01ExpedienteaFolio159”*); **iii)** el ISS hoy **COLPENSIONES** a través de Resolución No.018592 de 2008 le otorgó al actor indemnización sustitutiva de pensión vejez en cuantía única de \$2.269.689 (*pág. 15 y 16, archivo “01ExpedienteaFolio159”*); **iv)** **COLPENSIONES** le negó al demandante la pensión vejez a través de las resoluciones GNR047106 del 23 de marzo de 2013, GNR360314 del 18 de diciembre de 2013, VPB25137 del 22 de diciembre de 2014, GNR175375 del 13 de junio de 2015, GNR276859 del 09 de septiembre de 2015, VPB74686 del 14 de diciembre de 2015, GNR40990 del 08 de febrero de 2016, GNR77799 del 14 de marzo de 2016 y SUB322304 del 11 de diciembre de 2018 (*pág. 17 a 67, archivo “01ExpedienteaFolio159”*); **v) FABIO MORA SÁNCHEZ** acredita 539.57 semanas cotizadas entre el 13 de diciembre de 1991 hasta el 30 de noviembre de 2011 (*pág. 1 a 6, archivo “GRP-SCH-HL-66554443332211\_1515-20190651047617” carpeta CDSdelExpediente*).

- **Procedencia del cálculo actuarial y su liquidación:**

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en sus literales b, c, d y e, establece que para efectos del cómputo de semanas se tendrán en cuenta el tiempo de servicios como empleados públicos, el tiempo de vinculación con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 y con posterioridad, tiempo de servicio con empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador y las semanas cotizadas a las cajas de previsión.

El inciso 2° del literal e *ibídem* estableció que para que sea procedente el compute de servicio **el empleador o la caja deberán trasladar con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente del trabajador que se afilie a satisfacción de la entidad administradora.** (Resaltado y negrilla de la Sala)

Conforme con lo anterior, le corresponde a la AFP determinar cuál es el valor a pagar por parte del empleador, por los periodos omitidos, en los términos de los Decretos 1887 de 1994 y 1748 de 1995.

- **Sobre la diferencia entre la mora del empleador y la falta de afiliación en el Sistema General de Pensiones.**

El artículo 22 de la Ley 100 de 1993, señala que el empleador es responsable del pago del aporte al Sistema General de Pensiones, tanto en el porcentaje a su cargo como del porcentaje del trabajador, motivo por el cual la Ley lo faculta para descontar del salario el valor total de la cotización y trasladar dicha suma a la administradora de pensiones que corresponda, señalando que el empleador responderá por la totalidad del aporte cuando no realice su descuento. Por su parte, el artículo 24 de la misma Ley faculta a las administradoras de pensiones para adelantar las acciones de cobro ante el incumplimiento del empleador de pagar los aportes.

Considerando la responsabilidad del empleador y la facultad de cobro de las administradoras de pensiones, la H. CSJ sostiene, de forma pacífica y reiterada, que el trabajador dependiente no debe asumir las consecuencias del incumplimiento del empleador en el pago de aportes, debiendo la administradora de pensiones considerar los periodos en mora como sanción por no ejercer las acciones de cobro, siempre y cuando se acredite una afiliación y un vínculo laboral válidos, porque solo con la efectiva prestación personal del servicio del trabajador se generan las cotizaciones, tal y como se ha señalado en las sentencias SL5607 de 2019, SL 4295 de 2021, SL1116 de 2022, entre otras.

Así las cosas, la mora del empleador en el pago de aportes, conlleva que la administradora de pensiones deba considerar los periodos en mora como sanción por no ejercer las acciones de cobro, siempre y cuando haya una afiliación válida del trabajador y no exista duda de la prestación personal del servicio. Los anteriores requisitos permiten diferenciar la mora del empleador con la ausencia de afiliación, último evento en cual el empleador omite afiliar a su trabajador dependiente, lo cual impide a la administradora conocer la existencia de la relación laboral y el subsecuente ejercicio de las acciones de cobro, motivo por el cual sólo es viable su validación a través del pago del cálculo actuarial, conforme el literal d) del Parágrafo 1º del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 y compilado en el artículo 2.2.16.7.18 del Decreto 1833 de 2016.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto no existe controversia sobre la relación laboral entre **FABIO MORA SÁNCHEZ** y **TERMO ASESORES LTDA.** entre el 1º de junio de 1990 hasta el 1º de marzo de 1992 y que durante dicha relación laboral no hubo afiliación por los periodos entre 1º de junio de 1990 al 28 de febrero de 1991 y del 1º de abril de 1991 al 02

de diciembre de 1991, pues así lo aceptó el empleador en la contestación, se acredita con la documental aportada, y no fue objeto de recurso. Tampoco fue objeto de alzada lo referente al reconocimiento de intereses moratorios que reclama en segunda instancia la parte actora, motivo por el cual la Sala se releva de su estudio, siendo procedente entonces analizar en el grado jurisdiccional de consulta las condenas impuestas a **COLPENSIONES**, de la siguiente manera:

**FABIO MORA SÁNCHEZ** nació el 02 de abril de 1948 (*pág. 5, archivo "01ExpedienteaFolio159"*); al revisar la historia laboral del actor, se logra evidenciar que acredita un total de 539.57 semanas cotizadas entre el 13 de diciembre de 1991 hasta el 30 de noviembre de 2011 (*pág. 1 a 6 archivo "GRP-SCH-HL-66554443332211\_1515-20190651047617" carpeta CDSdelExpediente*). Sin tener en cuenta los tiempos habilitados para cálculo actuarial y siendo beneficiario del régimen de transición por tener más de 40 años de edad al 1° de abril de 1994, cuyos beneficios se extienden hasta el 31 de julio de 2010, se evidencia que el demandante para el 29 de julio de 2005 (Acto Legislativo 01 de 2005) reúne 366,62 semanas y un total de 471,07 al 31 de julio de 2010. Y durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de los 60 años (entre el 03 de abril de 1988 al 02 de abril de 2008) cumple 440,93 semanas, siendo ello así, no demuestra los presupuestos para ser beneficiario de la prestación reclamada, por lo que es indudable que su estatus pensional lo va a consolidar con los tiempos que se ordenan pagar a cargo del empleador y en virtud del régimen de transición.

Sin embargo, no es posible disponer el reconocimiento pensional anticipado sin que **COLPENSIONES** reciba a satisfacción los dineros provenientes del cálculo actuarial, momento a partir del cual es el propio ente administrador del fondo de pensiones quien debe resolver la solicitud, en los términos establecidos por el legislador. motivo por el cual se modificará la sentencia de primera instancia para ordenar a la entidad demandada a que una vez se acredite el pago del cálculo actuarial proceda a estudiar la prestación pensional que corresponda a favor del demandante.

Ahora, advierte la Sala que el ISS a través de la Resolución No. 018592 de 2008 le otorgó al actor una indemnización sustitutiva de pensión vejez en cuantía única de \$2.269.689 pesos (*pág. 15 y 16, archivo "01ExpedienteFolio159"*), sin que en el presente proceso obre prueba o constancia del cobro o devolución de dichas sumas, por lo que al momento del estudio pensional y en caso de haberse pagado la suma antes mencionada, **COLPENSIONES** deberá descontarla, debidamente indexada, de los montos a reconocer.

Finalmente, sobre la excepción de prescripción propuesta por **COLPENSIONES**, la misma no es procedente en atención a que en el presente asunto la condena en contra de dicha entidad es por la expedición del cálculo actuarial correspondiente y la actualización de la historia laboral, una vez se realice el pago, al tratarse de aportes pensionales, estos tienen el carácter de irrenunciables e imprescriptibles, conforme con el artículo 48 Constitucional. Además, es imprescriptible el pago del cálculo actuarial a transferirse, toda vez que los citados pagos hacen parte de los aportes que formarán el capital indispensable para el reconocimiento de la pensión, tal y como lo ha reiterado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL941-2018, SL738-2018 y SL2340-2022).

Sin costas en esta instancia.

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

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

## RESUELVE

**PRIMERO: MODIFICAR** los ordinales CUARTO y QUINTO de la sentencia de primera instancia y en su lugar **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** a que una vez se reciba a su entera satisfacción, el pago del cálculo actuarial por parte del demandado **TERMO ASESORES LTDA.**, proceda a actualizar la historia laboral y estudiar el derecho a la pensión de vejez del demandante, descontando debidamente indexadas, en caso de que resulte procedente el reconocimiento pensional, las sumas que hayan sido pagadas por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión vejez al actor, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

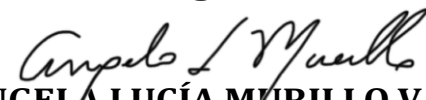
**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.

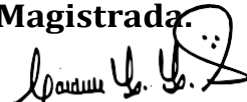
**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 29-2019-00365-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver los recursos de apelación de las partes contra la sentencia del 19 de mayo de 2021, que declaró un contrato de trabajo, condenó a la indemnización por despido sin justa y en costas a la **DEMANDADA** y absolvió de las demás pretensiones (19:22 archivo “25.1 Audiencia”).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (Pág. 52 a 57 archivo “003 Demanda”).**

**CLAUDIA YANETH MERCHÁN PORRAS** solicitó condenar a la indemnización legal y extralegal por despido injusto y de los perjuicios ocasionados por el mismo, indexación y costas.

Adujo que laboró para la **DEMANDADA** desde el 17 de julio de 2000 con contrato de trabajo indefinido y su último cargo fue gerente comercial de Bogotá D.C. con salario de \$5.080.720. Señaló que el 14 de julio de 2016 se le notificó la terminación de su contrato con justa causa, a través de una carta de despido con circunstancias abstractas, intangibles y generales, careciendo de especificidad, concreción y oportunidad, lo que impidió inferir un cargo directo que soporte el despido.

Manifestó que se le acusó su falta de gestión en el *Proceso Integral de Crédito PIC* generando pérdidas de más de \$500.000.000 y de una gestión comercial inferior a las expectativas por incumplir en los 3 últimos años el Plan de Gestión Comercial, lo cual es falso porque no era responsable de aprobar créditos ni desembolsar dineros, tarea que era responsabilidad de la Gerente de Zona 1 de Leasing Bancolombia, quien aprobaba la solicitud de crédito y el trámite con el acta de aprobación.

Agregó que la **DEMANDADA** asignaba a cada gerente la base de clientes de una zona específica, junto el traslado de operaciones en curso de desembolso, en estudio, cartera en mora, mantenimiento y gestión de clientes nuevos, siendo que en 2014, la trabajadora tuvo 3 cambios de clientes, oficinas y zonas, recibiendo en septiembre de 2014 los clientes existentes de la zona suroccidental, incluyendo a HOME MEDICAL SERVICES, que era cliente de la oficina Portal 80, no obstante, ese mismo mes se implementó el modelo comercial *leasing ECA virtual*, que inicio en octubre de 2014 y debió entregar los clientes de la zona suroccidente a cambio de la zona oriente, por lo que a noviembre de 2014, fecha de desembolso a HOME MEDICAL SERVICE, ya no era responsable de ese cliente ni de seguir su cartera, el cual estaba cargo de la ejecutiva INGRID MARCELA LÓPEZ, además ese mes se encontraba en vacaciones y su reemplazo era MARÍA JOHANA GALINDO, quien asumió los trámites pendientes en su totalidad, en todo caso, el desembolso lo efectuó el área operativa del banco y ellos revisaron el cumplimiento de las condiciones del acta de aprobación, siendo la fiducia y no la **DEMANDANTE** quien no pidió los contratos soporte del pago del cliente y confirmó la constitución de la fuente de pago de HOME MEDICAL SERVICES.

Indicó que el empleador nunca le informó irregularidades ni la citó a rendir versión, siendo el Banco quien no realizó acciones de cobro sobre las ambulancias respaldo del leasing y los reiterados cambios de base de clientes le impidieron cumplir la proyección presupuestal impuestas y nunca recibió de su empleador coaching, seguimiento, retroalimentación, firma de compromisos, objetivos,

metas o cualquier mecanismo para alcanzar el objetivo del equipo de trabajo de la Zona 1, ya que el Banco se limitó a la evaluación anual de desempeño.

Alegó que no se le permitió defenderse de las acusaciones de la carta de despido, que el Banco no tuvo pérdidas por el negocio con HOME MEDICAL SERVICE, que tuvo una hoja de vida durante 16 años de servicios y gracias a su responsabilidad y eficiencia ascendió en cargos, además la ruptura intempestiva del vínculo causó perjuicios materiales y morales a la trabajadora y su núcleo familiar.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (Pág. 235 a 249 archivo “012ContestacionDeDemanda”).**

**BANCOLOMBIA S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos al extremo inicial, tipo de contrato, último cargo y sueldo y terminó el vínculo con justa causa. Señaló que la trabajadora prestó servicios del 17 de julio de 2000 al 14 de julio de 2016, siendo *gerente comercial leasing*, incumpliendo gravemente las obligaciones de su cargo al no acatar el Proceso Integral de Crédito PIC por el irregular manejo del seguimiento y verificación de los requisitos fijados en el acta de aprobación, incumplir en los 3 últimos años el Plan de Gestión Comercial por un desempeño inferior al fijado y obtener calificación media baja en la competencia *alto desempeño* y en cuatro de seis conductas de la competencia relaciones afectivas y efectivas, lo que configuró las justas causal del numeral 6 literal a) del artículo 62 CST en concordancia con los artículos 55 y numerales 1 y 5 del artículo 58 *ibídem*, así como los literales e) y h) del artículo 55, numeral 1 del 60 y literales c) y d) del 67 del Reglamento Interno de Trabajo y el Código de Ética del Banco.

Aseguró un grave incumplimiento de las responsabilidades y obligaciones del cargo, porque la trabajadora era responsable de ejecutar y cumplir el presupuesto de colocaciones, asesorar y ofrecer a los clientes productos y servicios, estructurar y cerrar negocios exitosos con la tasa y plazo definido por la compañía, generar sinergia con los gerentes de Bancolombia para ampliar la base de clientes y

ofrecer atención financiera integral, gestionar y seguir los negocios en trámite para dar dinamismo a las operaciones y llevarlas a feliz término, seguir y gestionar la cartera de clientes para mantener índices de vencimiento adecuados, controlar y mantener vigente los cupos aprobados (actas) y sus utilizaciones para ser ágil en los nuevos requerimientos de operaciones del cliente y programar visitas de control, mantenimiento y asesoría permanente a cliente y pese no ser responsable de aprobar créditos, debía hacer seguimiento y velar por el cumplimiento de las condiciones establecidas en el Proceso Integral de Crédito y presentar el insumo al mismo para soportar la aprobación. Fue la **DEMANDANTE** quien entregó los insumos para surtir el Proceso Integral de Crédito a HOME MEDICAL SERVICES y era la encargada de asegurar el cumplimiento de las condiciones establecidas en el acta de aprobación, además rindió las explicaciones respectivas, que no fueron satisfactorias porque su conducta causó crecimiento exponencial del riesgo, así mismo, el incumplimiento de sus obligaciones luego de procesos de rehabilitación y seguimiento.

Formuló las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, pago, buena fe, compensación, justa causa para terminar el contrato y prescripción.

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (19:22 archivo “25.1Audiencia”).**

El 19 de mayo de 2021, el Juzgado 29 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR que existió un contrato de trabajo a término indefinido entre la demandante CLAUDIA YANETH MERCHÁN PORRAS en calidad de trabajadora y la demandada BANCOLOMBIA S.A. en calidad de empleadora, entre el 17 de julio de 2000 al 14 de junio de 2016. SEGUNDO: CONDENAR a la demandada BANCOLOMBIA S.A. al pago de la indemnización por despido sin justa causa de que trata el artículo 64 CST, por la suma de \$55.737.280 a favor de la demandante CLAUDIA YANETH MERCHÁN PORRAS, por las razones expuestas en la parte motiva de esta sentencia, suma que deberá ser indexada al momento de su pago, de conformidad con el IPC certificado por el DANE. TERCERO: CONDENAR a la demandada BANCOLOMBIA S.A. a pagar las costas del proceso, incluyendo*

*como agencias en derecho la suma de \$3.000.000. **CUARTO: ABSOLVER** a la DEMANDADA de las demás pretensiones formuladas en su contra. (...)*”.

La *a quo* fijó como problema jurídico establecer si la terminación del contrato fue sin justa causa y procedencia de las pretensiones.

Como fundamento de su decisión indicó que no hay controversia de la existencia de la relación laboral y sus extremos temporales. Indicó que la H. CSJ señala que el trabajador debe acreditar el despido y al empleador la justa causa que alegó para terminar la relación laboral, la cual debe precisar de manera inequívoca al momento de la finalización, existiendo una inmediatez razonable y pronta so pena de entender que perdonó la falla. Aseguró que en el caso concreto la carta de despido del 14 de julio de 2016 invocó 02 causales, la calificación media baja de la **DEMANDANTE** de febrero de 2016 a pesar del plan de acompañamiento, pero no se allegó dicho plan ni su cronograma, por lo cual no hay inmediatez, en segundo lugar, se alegó el informe de auditoria sin precisar en la carta de despido si quiera el nombre del mismo, además las alertas que conoció el Banco por lo menos desde octubre de 2015 sin tomar en ese entonces la decisión, de otra parte, el Banco desconoció la sentencia C-593 de 2014 afectando el derecho al debido proceso y defensa del trabajador, a quien no precisaron las conductas endilgadas, no se le brindó un plazo razonable para rendir explicaciones y aportar pruebas y el propio informe no señala la responsabilidad concreta de la **DEMANDANTE** en el desembolso y si bien los testigos de la **DEMANDADA** la acusaron como responsable, no tenían claro que ella estuvo a cargo de todo el proceso. Condenó a la indemnización del artículo 64 CST conforme el último salario, negó los perjuicios morales por falta de prueba de certificado médico o psiquiátrico que demostrará de forma científica una afectación en la psiquis superior a la que sufre todo mundo al ser despedido.

### III. RECURSOS DE APELACIÓN.

El **DEMANDANTE** solicitó considerar el salario promedio que se señaló en la liquidación final del contrato de trabajo para fijar el monto de la indemnización por despido, de otra parte, reclamó el pago de la

indemnización de perjuicios morales porque en el derecho laboral hay libertad probatoria y no se requiere la prueba científica del impacto emocional como exigió la Juez y hay personas que sufren intenso dolor sin acudir al médico y los testigos expresaron contundentemente el impacto emocional que generó el despido, los cuales se deben tasar según arbitrio iuris conforme la H. CSJ que los reconoce hasta por 100 smlmv (20:30 archivo “25.1 Audiencia”).

La **DEMANDADA** solicitó revocar los numerales 2° y 3° de la sentencia y mantener las absoluciones. Alegó que no desconoció la inmediatez o tempestividad del despido con justa causa, porque la H. CSJ señaló que la inmediatez no significa simultaneidad sino un término prudente para establecer los hechos a través de investigación y recolección de pruebas, mediante pasos lógicos y necesarios para establecer si hay justa causa y en el caso bajo estudio se indicó que el bajo rendimiento incluyó abril y mayo de 2016 y era un incumplimiento sucesivo en el tiempo, por lo cual la decisión sí se adoptó en un plazo razonable, por su parte, por solicitud de la jefe inmediata se desplegó la actuación que permitió avizorar las inconsistencias y omisiones de la trabajadora pero sin establecer claramente su responsabilidad.

Agregó que el área de recursos humanos efectuó indagaciones y un proceso, en el cual se escuchó a la **DEMANDANTE** y solo entonces se validó el incumplimiento de sus obligaciones, por tanto, no se quebró la inmediatez, además la terminación del contrato con justa causa no es sanción disciplinaria, por tanto, no se debe seguir un procedimiento previo ni aplicar la sentencia C-593 de 2014, además la sentencia SU-449 de 2020 solo exige la posibilidad al trabajador de ser escuchado y en el caso bajo estudio hubo diligencia de explicaciones, que no fueron satisfactorias y al no haber prueba de un procedimiento extralegal, la terminación es válida. En cuanto la auditoria, se determinó que al correo de la **DEMANDANTE** se le solicitó hacer chequeo con el área jurídica para constituir garantías, lo cual nunca hizo, además el informe concluyó que si era responsable de

gestionar el crédito y las certificaciones que aportó la propia trabajadora acreditan que a la fecha de los hechos continuaba su servicio en la sucursal y por tanto continuaba gerenciando al cliente, al igual los testigos evidenciaron los incumplimientos graves (23:05 archivo “25.1 Audiencia”).

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de la **DEMANDANTE** reiteró los argumentos elevados en su recurso de apelación. Por su parte, el apoderado principal de **BANCOLOMBIA S.A.** sustituyó poder a la doctora Leidy Katherine Guerrero Buitrago, identificada con CC 1.022.365.703 y TP 232.766, a quien se reconoce como apoderada sustituta de dicha parte, parte que reiteró los argumentos elevados en su recurso de apelación.

#### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

Le corresponde a la Sala determinar si existió la justa causa de terminación del contrato de trabajo alegada por el empleador, en caso contrario, la procedencia de acceder a las pretensiones reclamadas, conforme los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

#### **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** entre la demandante **CLAUDIA YANETH MERCHÁN PORRAS** y la demandada **BANCOLOMBIA S.A.** existió un contrato de trabajo a término

indefinido del 17 de julio de 2000 al 14 de julio de 2016 (Pág. 37 a 40, 43, 59 a 62 archivo “012ContestacionDeDemanda”).

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* condenó a la indemnización por despido sin justa causa y en costas a la **DEMANDADA** y absolvió de las demás pretensiones. Contra la anterior decisión, ambas partes interpusieron recurso de apelación.

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación, atendiendo las siguientes consideraciones

- **Terminación del contrato de trabajo con justa causa y posibilidad del Juez de calificar la gravedad de la conducta.**

El artículo 62 CST consagra las justas causas para terminar de manera unilateral con justa causa el contrato de trabajo, por parte del trabajador o empleador. Dicha norma señala que la parte que finaliza unilateralmente el contrato debe manifestar a su contraparte la causal o motivo de dicha decisión al momento de la extinción, sin que luego pueda alegar válidamente causas o motivos distintos, prohibición que ratificó el artículo 66 *ibidem*.

En los litigios sobre la validez de la terminación del contrato de trabajo, la H. CSJ señala que al trabajador debe acreditar el despido y al empleador la justa causa invocada, como indicó en las sentencias SL4547-2018, SL986-2019, SL1680-2019, SL2805-2020, SL816-2022, SL1639-2022, entre otras.

El numeral 6 del literal a) del artículo 62 CST, señala que es justa causa para terminar el contrato la violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador conforme los artículos 58 y 60 CST o cualquier falta grave así calificada en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contrato o reglamento.

Sobre el alcance de la precitada justa causa, la H. CSJ indica que la misma contiene dos supuestos fácticos: **i)** la violación grave de las obligaciones o prohibiciones legales del trabajador, caso en que el Juez debe calificar la gravedad de la conducta; **ii)** la comisión de una conducta que las partes previamente calificaron como grave, caso en que el Juez se limita a verificar la ocurrencia de la conducta enrostrada al trabajador. La posición de la Alta Corte ha sido reiterada en las sentencias SL Rad. 40.114 del 27 de febrero de 2013, SL499-2013, SL15245-2014, SL1920-2018, SL3883-2019, entre otras.

- **La terminación del contrato de trabajo con justa causa no es sanción disciplinaria, pero su uso tiene requisitos.**

La H. CSJ sostiene, de forma pacífica en el tiempo, que el despido con justa causa no es una sanción disciplinaria, por lo cual su uso no está sujeto a un trámite previo, salvo que así haya sido pactado en el contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo, pacto o convención colectiva o laudo arbitral, tal como señaló en las sentencias SL10137-2015, SL20778-2017, SL1981-2019, SL-2351-2020, SL496-2021, SL679-2021, entre otras.

En las precitadas providencias, la H. CSJ indicó que solo si las partes convienen un procedimiento para despedir y este no se acata, se vulnera el derecho al debido proceso y defensa del trabajador. En todo caso, la facultad para terminar el contrato con justa causa debe ser ejercida de forma explícita, concreta y tempestiva u oportuna a partir de que la parte conoce los hechos constitutivos de justa causa; es así como la Alta Corte señala que la citación a descargos no es un requisito formal inexcusable para alegar la justa causa porque dicho requisito no ha sido previsto en la Ley, por tanto, los parámetros fijados en la sentencia C-593 de 2014 aplican para la facultad disciplinaria y no para el despido unilateral con justa causa.

No obstante, la H. Corte Constitucional en la sentencia SU-449 de 2020 unificó la interpretación constitucional del artículo 62 CST y

concluyó la existencia de 06 garantías mínimas a favor del trabajador a quien su empleador finaliza el contrato alegando justa causa:

- 1. Inmediatez:** relación temporal de cercanía o un término prudencial entre la ocurrencia o conocimiento de los hechos y la decisión de terminar el contrato.
- 2. Causales taxativas:** la terminación unilateral con justa causa del contrato de trabajo solo tiene sustento en las causales previstas taxativamente en la Ley.
- 3. Comunicación de motivos concreta, clara y específica:** se debe comunicar al trabajador los motivos concretos, claros y específicos que justifican la terminación con justa causa, conforme el parágrafo del artículo 62 y el artículo CST.
- 4. Aplicación del procedimiento específico de terminación del contrato si existen:** obligación de seguir el proceso previamente establecido en convención o pacto colectivo, reglamento interno de trabajo, laudo arbitral o contrato de trabajo, siempre que haya sido acordado. Esta exigencia se extiende a los casos en que el ordenamiento jurídico impone la obligación de seguir un procedimiento determinado.
- 5. Agotar las exigencias propias de cada causal y el preaviso establecido para algunas de ellas:** cumplir las exigencias propias y específicas exigidas por cada causal de terminación, así como el preaviso de no menos de 15 días señalado en el inciso final del literal a) del artículo 62 CST.
- 6. Guardar el respeto debido a la relación laboral:** se debe garantizar al trabajador el respeto debido como sujeto de la relación laboral, mediante el derecho a ser escuchado y a no ser menospreciado por el empleador que ejerce su facultad de terminar el contrato con justa causa, en virtud de la dignidad

humana, igualdad de trato y respeto, sin que ello se entienda como un escenario de agotamiento del debido proceso.

Por su parte, la H. Corte Suprema de Justicia en las sentencias SL2351-2020 y SL496-2021 indicó que la terminación con justa causa requiere: **i)** comunicación al trabajador individualizando los motivos o razones por las que se termina el contrato; **ii)** inmediatez en la decisión; **iii)** aplicación taxativa de las justas causas señaladas en el CSJ; **iv)** si es necesario, agotar el procedimiento previo señalado en convención o pacto colectivo, reglamento interno de trabajo o contrato; **v)** brindar la oportunidad al trabajador para rendir descargos o dar su versión de los hechos, de forma previa al despido con justa causa.

### **CASO EN CONCRETO.**

En el caso bajo estudio, no hay controversia de la existencia del contrato de trabajo a término indefinido del 17 de julio de 2000 al 14 de julio de 2016 y que éste finalizó por las justas causas que invocó **BANCOLOMBIA S.A.** (Pág. 37 a 40, 43, 59 a 62 archivo “012ContestacionDeDemanda”).

Conforme los antecedentes normativos expuestos, ha sido regla jurisprudencial pacífica de la H. CSJ que en los litigios sobre la validez de la justa causa que invocó el empleador para terminar el contrato de trabajo, al trabajador le basta acreditar el despido y es carga del empleador demostrar la existencia de la justa causa invocada.

De otra parte, la regla jurisprudencial de la H. CSJ adoptada en las sentencias SL Rad. 40.114 del 27 de febrero de 2013, SL499-2013, SL15245-2014, SL1920-2018, SL3883-2019, entre otras, señala que el numeral 6 del literal a ) del artículo 62 CST contiene dos supuestos fácticos que determinan el alcance del análisis del Juez Laboral: **i)** si se acusa la violación grave de las obligaciones o prohibiciones legales del trabajador el Juez debe calificar la gravedad de la conducta; **ii)** si se alega la comisión de conducta que las partes previamente calificaron como grave, el Juez se limita a verificar la ocurrencia de la conducta.

En el presente asunto, **BANCOLOMBIA S.A.** alegó en la carta de terminación como justa causa el numeral 6 del literal a) del artículo 62 CST, en concordancia con el artículo 55 CST y el numeral 1 del artículo 58 CST, el literal e) y h) del artículo 55, numeral 1 artículo 60 y literal c) y d) del artículo 67 del Reglamento Interno de Trabajo y el Código de ética de la Organización, alegando un grave incumplimiento de las normas, reglamentos y procedimientos a cargo de la **DEMANDANTE** (Pág. 59 a 62 archivo “012ContestacionDeDemanda”).

La **DEMANDADA** acusó a la trabajadora de Incumplir sus deberes legales de: **i)** ejecutar de buena fe el contrato de trabajo y; **ii)** realizar personalmente la labor en los términos estipulados, observar los preceptos del reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones impartidas.

También señaló a la trabajadora de incumplir sus deberes reglamentarios de: **i)** ejecutar su trabajo con honradez, compromiso, eficiencia; de recibir y aceptar las ordenes, instrucciones y correcciones relacionadas con el trabajo, el orden y la conducta; **ii)** realizar personalmente la labor en los términos estipulados, observar el reglamento y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones; así mismo, señaló que incurrió en faltas graves que dan lugar a la terminación del contrato por: **i)** poner en peligro la seguridad de las personas o bienes del banco y; **ii)** no cumplir oportunamente las prescripciones para la seguridad de los locales, equipos, operaciones, dineros o valores de la empresa (Pág. 12, 15 y 18 archivo “012ContestacionDeDemanda”).

Como sustento fáctico de las causas alegadas, **BANCOLOMBIA S.A.** señaló un primer grupo de hechos relativos a la omisión del deber de seguimiento y mitigación del riesgo que generó pérdidas superiores a \$500.000.000, ya que el informe de autoría integra del 03 de junio de 2016, concluyó que un cliente que atendió y gestionó la **DEMANDANTE**, a quien le desembolsó crédito en noviembre de 2014, incumplió la condición de desembolso que emitió el área de crédito en

Acta de Aprobación # 665127, porque no constituyó una fiducia que recibiera todos los ingresos generados por el deudor, ya que en el correo de respuesta se identificó 07 correos superiores a \$700.000.000 pero la fiducia se aperturó con sólo un contrato; que a la fecha de constitución de la garantía en septiembre de 2014, estaba vencido y solo cubría \$176.000.000, fallando el seguimiento del cumplimiento de dicha condición, de otra parte, tampoco efectuó seguimiento y gestión de la cartera del cliente, porque trascurrieron más de 24 meses sin que el cliente efectuara un solo pago del crédito.

El precitado informe, efectuado por solicitud de la Gerente de Zona Bogotá, implicó la revisión de vinculación del cliente, contrato de fiducia, correos electrónicos y soportes de la operación de crédito, así como el estado de cartera de HOME MEDICAL SERVICE LTDA., sociedad con \$1.256 millones de pesos en cartera para cobro jurídico, quien constituyó un encargo fiduciario de administración y fuente de pago con FIDUCIARIA BANCOLOMBIA para pagar los créditos que LEASING BANCOLOMBIA desembolsó en noviembre de 2014, sin ingresar ningún recurso por fraude en la firma del representante legal de FAMISANAR EPS en la cesión de los derechos económicos a favor de la Fiducia.

En lo que importa al proceso, el informe señaló que la **DEMANDANTE** gestionó y tramitó las 02 operaciones de crédito que LEASING BANCOLOMBIA desembolsó en noviembre de 2014 y afirmó que el cliente firmó contratos con EPS SANITAS y COMPENSAR EPS, cada uno por \$3.600 millones de pesos, información que junto los documentos indexados para análisis y estudio del crédito conllevaron a que el analista de crédito recomendara la operación con condiciones, entre ellas, constituir una fiducia donde se dirijan todos los ingresos generados por la entidad por sus contratos para fijar una fuente de pago, condición que incumplió la **DEMANDANTE** porque solo remitió a FIDUCIARIA BANCOLOMBIA la información de FAMISANAR LTDA., sin incluir la información de EPS SANITAS y COMPENSAR EPS, indexando un solo contrato por \$176 millones, así mismo, el 23 de

septiembre de 2014, el Gerente Comercial de FIDUCIARIA BANCOLOMBIA solicitó a la **DEMANDANTE** el concepto jurídico del contrato fuente o relación comercial para el perfeccionamiento del encargo fiduciario, sin que en el sistema se encuentre tal visto bueno (Pág. 52 a 58 archivo “012ContestacionDeDemanda”).

Así las cosas, advierte esta Sala que los resultados del informe no tienen soporte probatorio, por cuanto las conclusiones y afirmaciones contenidas en el mismo no fueron acompañadas de los soportes que sustentan las mismas, llamando la atención que el único anexo de informe corresponde a la descripción de las obligaciones del cliente con LEASING BANCOLOMBIA y **BANCOLOMBIA S.A.**

Llama la atención de este Tribunal que en el informe se indica que la **DEMANDANTE** solo remitió 01 de los 07 contratos del cliente que informó, a la vez que omitió gestionar el concepto jurídico solicitado por FIDUCIARIA BANCOLOMBIA, sin embargo, no se allegó enlace, impresión, copia o cualquier otra prueba que sustente tal afirmación. Tal falencia probatoria es repetida en la carta de despido, por cuanto si bien se indica que la misma se sustenta en las conclusiones del informe e inclusive el apoderado de **BANCOLOMBIA S.A.** indicó que el área de recursos humanos realizó indagaciones y averiguaciones de los resultados del informe, sin allegar ni una sola prueba de esos presuntos actos.

No desconoce esta Sala que la **DEMANDANTE** reconoció en su interrogatorio que como gerente comercial tuvo contacto e inicio la presentación de crédito de HOME MEDICAL SERVICE LTDA., cliente de la Oficinal Portal 80, no obstante, aclaró que tal cliente se le asignó en agosto de 2014 y lo entregó en septiembre de 2014 al *modelo ECA comercial*, fecha desde la cual entregó la operación y dejó de ser responsable de tramitar la misma (46:40 archivo “22.1Audiencia”, 25:14 archivo “22.2Audiencia”), sin que la **DEMANDADA** hiciera ningún esfuerzo probatorio para desvirtuar la justa causa alegada desestimando los argumentos de defensa de la trabajadora.

Del mismo modo, el representante legal del empleador y testigos que solicitó la **DEMANDADA**, si bien señalaron que la trabajadora incurrió en las justas causas, no dieron motivos contundentes para inferir, de forma concluyente, que en efecto la **DEMANDANTE** fue responsable de las faltas que le fueron endilgadas.

Fue así como el ANDRÉS FELIPE FETIVA RÍOS, representante de **BANCOLOMBIA S.A.**, reconoció que si un gerente comercial es trasladado entrega su portafolio a la nueva persona, quien sigue gerenciando el mismo, a su vez, admitió no conocer la fecha hasta la cual la **DEMANDANTE** gerenció el proceso de crédito de HOME MEDICAL SERVICE LTDA. (13:23. 40:54 archivo “22.1Audiencia”).

A su vez, MARIA ELVIRA AYURE ACEVEDO, gerente de zona de LEASING BANCOLOMBIA y jefa inmediata de la **DEMANDANTE**, indicó que la trabajadora presentó una operación de un cliente informando unos contratos que garantizaban la solvencia y seguridad de recaudo del crédito, afirmando que la **DEMANDANTE** estuvo a cargo de todo el proceso, no obstante, señaló que no recordaba si la trabajadora entregó el cliente HOME MEDICAL SERVICE, ni la zona donde inicio el piloto ECA VIRTUAL LEASING (01:10:50, 01:42:28 archivo “22.1Audiencia”).

William Motta Perilla, ejecutivo comercial de **BANCOLOMBIA S.A.**, indicó que si bien el área comercial presenta negocios ante las instancias de aprobación correspondientes, aclaró que cuanto el comercial es cambiado de zona, se entregan los negocios y clientes en trámite a la persona que recibe, siendo la nueva persona responsable también del cobro de cartera vencida, a su vez, no recuerda el monto y zona en que se implementó el programa ECA VIRTUAL (02:57:30 archivo “22.1Audiencia”, 01:15, 15:05 archivo “22.2Audiencia”).

Así las cosas, para este Tribunal, la **DEMANDADA** no cumplió la carga probatoria de acreditar la existencia de la justa causa alegada en relación con las falencias en el desembolso de los créditos a HOME

MEDICAL SERVICE, por cuanto allegó a juicio un informe carente de sustento probatorio y los dichos de sus testigos no son concluyentes para acreditar la conducta endilgada a la **DEMANDANTE**, frente a quien no logró desvirtuar su argumento defensivo, según el cual desde septiembre de 2014 no era la responsable del trámite de crédito del precitado cliente.

Procede la Sala a verificar si las justas causas alegadas se configuran con base en la segunda situación fáctica alegada en contra de la trabajadora, a saber, el bajo desempeño en la gestión comercial conforme las expectativas definidas por la organización, por los últimos 03 años desde mediados de 2013, pese las retroalimentaciones y acompañamiento recibido por sus jefes inmediatos, relacionando 92 cuadros denominados “*cumplimiento colocación*” y “*cumplimiento PGC*”.

De nuevo, la **DEMANDADA** no acompañó con la carta de despido con justa causa, ni posteriormente en la contestación de la demanda, soportes relacionados con las metas y condiciones de cumplimiento indicadas en la carta y correspondan a las que realmente le eran exigidas al cargo desempeñado por la **DEMANDANTE**, como tampoco se allegó prueba de que las cifras y porcentajes de cumplimiento correspondan a los alcanzado por la trabajadora en el desempeño de su cargo de gerente comercial.

De otra parte, los hechos relativos al presunto bajo desempeño no son más que un reclamo encubierto de rendimiento deficiente, que al ser alegado como justa causa para terminar el contrato implica la aplicación del trámite regulado en el artículo 2.2.1.1.3 del Decreto 1072 de 2015, según lo dispuesto en el numeral 9° del artículo 7° del Decreto 2351 de 1965, el cual omitió aplicar el empleador alegando otra norma diferente a la que regula el despido con justa causa bajo dichas circunstancias.

Así las cosas, inclusive sin necesidad de analizar la inmediatez de la decisión de alegar la justa causa con base en el presunto

desempeño comercial de la **DEMANDANTE**, no hay mérito probatorio para considerar que la conducta enrostrada corresponda a lo realmente acontecido en el desarrollo de la relación laboral, mucho menos cuando se alega una calificación medio-baja en diversas conductas, situación que en nada encuadra con las justa causa alegadas relativas a poner en peligro la seguridad de los bienes del Banco, no cumplir las prescripciones de seguridad, no realizar personalmente la labor en los términos estipulados, ejecutar el contrato con honradez, compromiso y eficiencia.

Por las consideraciones expuestas, la Sala comparte la decisión adoptada por el *a quo* de declarar que las justas causas alegadas por la **DEMANDADA** no se configuraron y, en consecuencia, declarar el derecho de la trabajadora a la indemnización por despido sin justa causa reclamada, motivo por el cual se confirmará la condena impuesta a **BANCOLOMBIA S.A.**

Respecto los puntos de inconformidad elevados en el recurso de apelación del **DEMANDANTE**, el propio apoderado de la trabajadora indicó en la demanda que su salario final era \$5.080.700, mismo que se declaró en el fallo (06:30 archivo “25.1Audiencia”), sin que sea el recurso de apelación el instante para reprochar el monto del salario que el propio apoderado reclamó en la demanda y, en todo caso, dicha inconformidad es infundada, porque el salario utilizado en la liquidación final del contrato es el mismo declarado en el fallo y reclamado en la demanda (Pág. 63 a 64 archivo “012ContestacionDeDemanda”).

De otra parte, el apoderado del **DEMANDANTE** reclama el cobro de los perjuicios morales alegando que si bien no se aportó historia clínica descriptiva del intenso dolor y sufrimiento generado a la trabajadora, los testigos directos de los hechos demuestran tal afectación, existiendo personas que a pesar de intenso daño moral no requieren ir al médico.

Este Tribunal rechaza la precitada tesis, por cuanto la figura de la *responsabilidad*, que causa el deber de reparar el perjuicio causado por la violación de las obligaciones establecidas en una relación jurídica entre el causante dañoso y víctima, por omisión, mora o incumplimiento, conforme el artículo 1613 CC, presupone que en juicio se acredite la existencia del daño causado por el comportamiento de la parte incumplida, que debe ser cierto, determinable, cuantificable y que no deba ser soportado jurídicamente por el afectado.

En lo que importa al caso bajo estudio, el artículo 64 CST estableció una *indemnización tarifada* por la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa, esto es, que presupone el nivel de afectación generado al trabajador a quien el empleador finaliza el contrato y entiende satisfecha la reparación con las tarifas señaladas en dicha norma.

De forma excepcional, la H CSJ reconoce la posibilidad de que la reclamación de perjuicios morales generados con el despido sin justa causa no se agote con el pago de la indemnización del artículo 64 CST, siempre y cuando se acredite su existencia porque no es procedente su presunción o deducción a partir de conjeturas o suposiciones, tal y como se indicó en la sentencia SL1166 de 2018, SL1977-2018, SL4510-2018, SL4665-2018, SL4782-2018, entre otras.

Si bien existe libertad probatoria en el proceso laboral y de la seguridad social, conforme el artículo 61 CPTSS, ello no implica que el Juez este sometido a considerar que el profundo dolor, decepción, tristeza, impotencia y demás afectaciones del fuero interno del individuo se acrediten con la mera presentación de testimonios, por cuanto la discreción del Juzgador de primera instancia le permite definir cuando, conforme los lineamientos de la lógica, la ciencia y la sana crítica, se demuestra la afectación del fuero moral en un grado tal que es insuficiente la tarifa del artículo 64 CST para resarcir tal daño moral.

En el presente asunto, los testigos BLANCA MARINA PORRAS DE MERCHÁN y FABIO ORLANDO SOTO GÓMEZ, madre y cónyuge de la **DEMANDANTE** respectivamente, aseguraron que el despido generó nervios, vértigo, angustia, falta de apetito, llanto y ataques de migraña y estrés, no obstante y a pesar de la gravedad de las afectaciones descritas, no se aportó ni un solo documento médico que describa que las mismas adquirieron la gravedad suficiente para requerir atención profesional ni medicación, de lo cual es posible inferir, de forma razonable, que no revistieron la entidad suficiente para considerar que no se hayan amparadas por la indemnización tarifada de ley.

Así las cosas, en la sentencia SL14618 de 2014, se indicó que la indemnización tarifada por despido resarce el daño moral que, de forma ordinaria y común al universo de trabajadores, se genera por la terminación intempestiva sin justa causa del contrato de trabajo, salvo cuando se acredite que dicho daño moral revistió tal entidad que no es indemnizado, de forma completa, con el monto de la tarifa, aspecto que debe ser demostrado, requisito que ha sido reiterado en todas las sentencias de la H. CSJ relativas a tal tema y que no se acredita en el caso bajo estudio, por lo que se confirmará la absolución en tal sentido.

Resueltos todos los puntos de inconformidad elevados en los recursos de apelación, al no resultar avante ninguno de ellos, se confirmará la sentencia bajo estudio.

Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

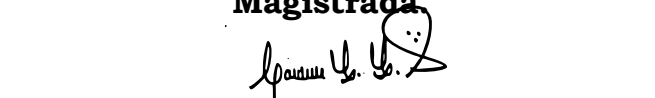
**PRIMERO: CONFIRMAR** el fallo de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en la segunda instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado.**

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
**Magistrada.**

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
**Magistrada.**



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No. 29-2021-00121-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver los recursos de apelación interpuestos por la demandante **LUZ MARLEN ACOSTA ESTUPIÑAN** y el demandado **JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**, contra la sentencia del 12 de octubre de 2022 proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró la existencia de un contrato de trabajo, condenó a **JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ** a pagar a **COLPENSIONES** el valor del cálculo actuarial por los periodos comprendidos entre el 1° de septiembre de 1996 hasta el 31 de agosto de 2001, condenó a **COLPENSIONES** a reconocer la pensión de vejez a la demandante conforme con el régimen de transición, absolvió de las demás pretensiones de la demanda y condenó en costas a **JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ** en cuantía de \$1.000.000 (*min. 39:04, archivo "21ActaSentencia"*).

## I. ANTECEDENTES

### DEMANDA

**LUZ MARLEN ACOSTA ESTUPIÑAN** llamó a juicio a **JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ** y a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** con el fin de que se declare que existió un contrato de trabajo con **JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ** desde el 1° de septiembre de 1996 hasta el 31 de agosto de 2001 y que en dicho periodo el empleador incumplió su obligación de afiliación y cotización al sistema de seguridad social, declarar que **COLPENSIONES** incumplió su obligación de afiliación y cobro de los aportes, declarar que es beneficiaria del régimen de transición y, en consecuencia, solicitó condenar a COLPENSIONES a reconocer y pagar la pensión de vejez con su correspondiente retroactivo a partir del 1° de diciembre de 2014, intereses moratorios, indexación, condenas ultra y extra *petita* y costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que prestó sus servicios para **JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ** desde el 1° de septiembre de 1996, desempeñando el cargo de secretaria en el horario de 08:00 am y a 05:30 pm, devengaba un SMLMV y cumplió sus funciones hasta el 31 de agosto de 2001; que el empleador no la afilió al ISS pero a través del Banco Av. Villas pagó los aportes por ese periodo; que **COLPENSIONES** mediante oficio del 24 de noviembre de 2016, indicó que los aportes pagados lo fueron de manera extemporánea y que no los tendría en cuenta debido a que no existió vínculo laboral; que 31 de diciembre de 2014, contaba con más de 1.300 semanas, que es beneficiaria del régimen de transición, y que **COLPENSIONES** mediante Resolución GNR152840 del 25 de mayo de 2015 le negó la pensión de vejez, decisión que fue confirmada mediante Resolución VPB63405 del 28 de septiembre de 2015 (*pág. 7 a 19, archivo "04subsancionDemanda"*).

## CONTESTACIÓN DEMANDA

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones incoadas en su contra. Como argumento de su defensa adujo que el empleador si bien realizó de forma extemporánea los pagos para los periodos de 1996/09 a 2001/08, no realizó la respectiva afiliación y tampoco le solicitó el cálculo actuarial. Aceptó los pagos realizados de forma extemporánea, el requerimiento para legalizar la relación laboral y los actos administrativos mediante los cuales negó la pensión vejez. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló las excepciones de *imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal*, buena fe, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, imposibilidad de condena en costas y la innominada o genérica, (pág. 22 a 32, archivo “07ContestacionColpensiones20210930”).

**JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ** no se opuso a la declaratoria del contrato de trabajo, pero si frente a las demás peticiones, pues señaló que en el evento de una condena no es el llamado a responder por las obligaciones pensionales. Aceptó la relación laboral con la demandante, la no afiliación al ISS, los pagos realizados de manera extemporánea y las respuestas de **COLPENSIONES**. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló como excepción previa la de prescripción y de mérito las excepciones de *prescripción*, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe y la innominada o genérica (pág. 2 a 9, archivo “11ContestacionJorgeRomero20211216”).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 39:04 archivo “21ActaSentencia”).

El 12 de octubre de 2022, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

**(...)** **PRIMERO:** DECLARAR que entre el señor JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ en calidad de empleador y la demandante LUZ MARLEN ACOSTA ESTUPIÑAN en calidad de trabajadora existió una relación laboral regida por un verdadero contrato de trabajo vigente entre el 01 de septiembre de 1996 y el 31 de agosto de 2001, en virtud de la cual la misma desempeñó el cargo de Secretaria y asistente judicial, devengando siempre el salario mínimo legal de la respectiva anualidad, conforme las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia. **SEGUNDO:** CONDENAR al demandado JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ a pagar los aportes en seguridad social en pensiones, según el cálculo actuarial que realice COLPENSIONES y a favor de la demandante LUZ MARLEN ACOSTA ESTUPIÑAN, teniendo como extremos temporales de la relación laboral desde el 01 de septiembre de 1996 al 31 de agosto de 2001 y como ingreso base de cotización el respectivo salario mínimo legal mensual fijado para cada anualidad. **TERCERO:** CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a que una vez se reciba el pago del cálculo actuarial por parte del demandado JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ, actualice la historia laboral de la demandante LUZ MARLEN ACOSTA ESTUPIÑAN incluyendo los periodos en mora del 01 de septiembre de 1996 al 31 de agosto de 2001 y como ingreso base de cotización el respectivo salario mínimo legal mensual de cada anualidad. **CUARTO:** CONDENAR a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a que una vez se reciba el pago del cálculo actuarial por parte del demandado JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ proceda a actualizar el historial laboral de la demandante y a reconocer y pagar la pensión de vejez a la señora LUZ MARLEN ACOSTA ESTUPIÑAN, atendiendo los parámetros consignados en la motiva de esta decisión. **QUINTO:** DECLARAR probada en favor de COLPENSIONES la excepción de Imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, sin perjuicio de las ordenes aquí impartidas tendientes a que elabore el respectivo cálculo actuarial y una vez verificado el pago de éste, proceda a la actualización de la historia laboral de la demandante y el reconocimiento de la pensión de vejez que en derecho corresponda, teniendo en cuenta que es beneficiaria del régimen de transición. **SEXTO:** ABSOLVER a la demandada ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES de las demás pretensiones incoadas en su contra por la señora LUZ MARLEN ACOSTA ESTUPIÑAN. **SÉPTIMO:** CONDENAR en costas de esta instancia al demandado JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$1.000.000. sin costas a COLPENSIONES. **OCTAVO:** CONSULTAR la presente sentencia en favor de COLPENSIONES en caso de no ser recurrida oportunamente ante la Sala Laboral del Honorable Tribunal Superior de Bogotá (...)

El Juzgado fijó como problema jurídico verificar la existencia de la relación laboral entre la demandante y **JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ**, la obligación del pago del cálculo actuarial, si **COLPENSIONES** debía actualizar la historia laboral con los aportes en pensiones efectuados por el demandado, como consecuencia de lo anterior, si había lugar a reconocer la pensión a la demandante en

virtud del régimen de transición junto con su correspondiente retroactivo e intereses moratorios.

Para resolver la Juez indicó que el demandado aceptó la existencia del contrato de trabajo entre el 1° de septiembre de 1996 y el 31 de agosto de 2001, y que la prueba testimonial recaudada dio cuenta esa relación por los extremos temporales solicitados y en consecuencia declaró su existencia. Señaló que hubo falta de afiliación al sistema por parte del empleador y no una mora patronal, por lo que a éste le corresponde el pago del cálculo actuarial liquidado por **COLPENSIONES** por los periodos reconocidos, teniendo en cuenta un SMLMV. Frente a los pagos realizados por el empleador el 12 de abril de 2016, señaló que no pueden ser validados ya que no correspondía a un cálculo actuarial y tampoco estaba reportada a **COLPENSIONES** la novedad de afiliación y, además, el demandado no propuso la excepción de compensación por lo que no podía pronunciarse.

Sobre el derecho pensional indicó que la demandante es beneficiaria del régimen de transición y el mismo se le extendió hasta el 31 de diciembre de 2014 al acreditar un total de 538.6 semanas que sumadas a las 257.14 correspondientes al tiempo de servicio del cálculo actuarial ordenado, arrojan un total de 795.2 semanas, así mismo la demandante acredita 1.317 semanas en toda su vida laboral de las cuales 1.073.49 lo fueron para el 15 de julio de 2008 cuando cumplió los 55 años, por lo que cumple con los requisitos para acceder a la pensión vejez conforme al Decreto 758 de 1990.

Respecto al disfrute de la pensión de vejez manifestó que no se puede establecer debido a que es con la sentencia que la demandante accederá al derecho pensional, una vez verificado el pago del cálculo actuarial por parte del empleador omiso y como consecuencia tampoco son procedentes los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993.

### III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación de manera parcial contra la sentencia de primera instancia, solicitando se condene a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar la pensión vejez a partir del 1° de enero de 2015 con los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993. Como sustento de la alzada indicó que desde el año 2015 el empleador quiso enmendar su error en la afiliación y en la cotización de la trabajadora, pero **COLPENSIONES** no aceptó el pago de las semanas argumentando que no podía existir una relación laboral entre cónyuges, pero en el ordenamiento jurídico no existe dicha exclusión, que el despacho no dio por demostrado estándolo que la negativa de reconocer de **COLPENSIONES** es ilegal; que el despacho en su parte considerativa indicó que la demandante acreditaba más de 750 semanas al 2005 sin contar las semanas objeto de cálculo actuarial y que al 31 de diciembre de 2014 la accionante contaba con 1.059 semanas, por lo que no existe justificación legal para que no se ordenara el reconocimiento de la pensión vejez a partir del 1° de enero de 2015, junto con los intereses moratorios, atendiendo a que es clara la mora del fondo de pensiones de no reconocer la pensión de vejez (*min. 42:16, archivo “21ActaSentencia”*).

La apoderada de **JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia solicitado se establezca el valor del cálculo actuarial de manera concreta y se compensen las sumas pagadas por el empleador en el año 2015. Adujo que se debe tener en cuenta la buena fe de su poderdante y que los periodos fueron pagados a **COLPENSIONES**, indica que debe precisarse de manera clara el valor que debe pagar el demandado, del cual se debe descontar lo pagado ya que de no hacerse se estaría frente a un enriquecimiento sin causa en favor de **COLPENSIONES**, la precisión se hace necesaria porque desde el 2015 su poderdante le ha solicitado a ese fondo de pensiones el cálculo

actuarial y dicha entidad se ha negado a hacerlo (*min. 50:44, archivo "21ActaSentencia"*).

#### IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

#### V. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada principal de **COLPENSIONES** le sustituyó poder a la doctora Alida Del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con CC 37.627.008 y T.P 221.228 del C.S.J a quien se le reconoce como apoderada de esa demandada para actuar en esta instancia, y en su escrito de alegatos indicó que los periodos cotizados de manera extemporánea no pueden ser tenidos en cuenta.

Por su parte, los apoderados de los demás intervinientes reiteraron lo planteado en la alzada.

#### VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66<sup>a</sup> y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en los recursos de apelación presentados por la demandante y **JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ**, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de **COLPENSIONES**.

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar la existencia del contrato de trabajo, la obligación del pago de aportes pensionales, la procedencia de fijar el valor del cálculo actuarial a cargo del empleador, si hay lugar a compensar los valores pagados de manera extemporánea y si es viable condenar a **COLPENSIONES** a reconocer y pagar a la demandante la pensión de vejez con su correspondiente retroactivo e intereses moratorios, conforme lo alegado en los recursos de apelación y lo que no, en el grado jurisdiccional de consulta.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: **i) JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ** pago los ciclos pensionales a nombre de **LUZ MARLEN ACOSTA ESTUPIÑAN** por los periodos de 1996/09 a 2001/08 en el Banco Av. Villas el 12 de abril de 2016 (*pág. 22 a 33, archivo “01Demanda”*); **ii)** la demandante le solicitó a **COLPENSIONES** corrección de historia laboral el 02 de junio de 2016, incluyendo los periodos pagados de manera extemporánea (*pág. 90 y 91 archivo “01Demanda”*); **iii)** **COLPENSIONES** mediante oficio del 28 de noviembre de 2016 dio respuesta a la solicitud indicando que los periodos pagados de manera extemporánea de 1996/09 a 2001/08 no podían ser cargados atendiendo a que no existía relación laboral (*pág. 92 a 93, archivo “01Demanda”*); **iv)** **JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ** le solicitó a **COLPENSIONES** el 16 de marzo de 2018 cargar los periodos pagados de manera extemporánea y el cálculo actuarial (*pág. 58 a 61, archivo “01Demanda”*); **v)** **COLPENSIONES** mediante oficio del 10 de mayo de 2019, negó el cálculo actuarial al empleador atendiendo a un posible fraude (*pág. 20 y 21, archivo “01Demanda”*); **vi)** **COLPENSIONES** mediante resoluciones GNR152840 del 25 de mayo de 2015 y VPB63405 del 28 de septiembre de 2015 le negó la pensión vejez a la demandante (*pág. 97 a 104, archivo “01Demanda”*).

- **Procedencia del cálculo actuarial y su liquidación:**

El artículo 33 de la Ley 100 de 1993, en sus literales b, c, d y e, establece que para efectos del cómputo de semanas se tendrán en cuenta el tiempo de servicios como empleados públicos, el tiempo de vinculación con anterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993 y con posterioridad, tiempo de servicio con empleadores que por omisión no hubieren afiliado al trabajador y las semanas cotizadas a las cajas de previsión.

El inciso 2° del literal e) *ibídem*, estableció que para que sea procedente el compute de servicio **el empleador o la caja deberán trasladar con base en el cálculo actuarial la suma correspondiente del trabajador que se afilie a satisfacción de la entidad administradora.** (Resaltado y negrilla de la Sala)

Conforme con lo anterior, le corresponde a la AFP determinar cuál es el valor a pagar por parte del empleador, por los periodos omitidos, en los términos de los Decretos 1887 de 1994 y 1748 de 1995.

- **Sobre la diferencia entre la mora del empleador y la falta de afiliación en el Sistema General de Pensiones.**

El artículo 22 de la Ley 100 de 1993, señala que el empleador es responsable del pago del aporte al Sistema General de Pensiones, tanto en el porcentaje a su cargo como del porcentaje del trabajador, motivo por el cual la Ley lo faculta para descontar del salario el valor total de la cotización y trasladar dicha suma a la administradora de pensiones que corresponda, señalando que el empleador responderá por la totalidad del aporte cuando no realicé su descuento. Por su parte, el artículo 24 de la misma Ley faculta a las administradoras de pensiones para adelantar las acciones de cobro ante el incumplimiento del empleador de pagar los aportes.

Considerando la responsabilidad del empleador y la facultad de cobro de las administradoras de pensiones, la H. CSJ sostiene, de forma pacífica y reiterada, que el trabajador dependiente no debe asumir las consecuencias del incumplimiento del empleador en el pago de aportes, debiendo la administradora de pensiones considerar los periodos en mora como sanción por no ejercer las acciones de cobro, siempre y cuando se acredite una afiliación y un vínculo laboral válidos, porque solo con la efectiva prestación personal del servicio del trabajador se generan las cotizaciones, tal y como se ha señalado en las sentencias SL5607 de 2019, SL 4295 de 2021, SL1116 de 2022, entre otras.

Así las cosas, la mora del empleador en el pago de aportes, conlleva que la administradora de pensiones deba considerar los periodos en mora como sanción por no ejercer las acciones de cobro, siempre y cuando haya una afiliación válida del trabajador y no exista duda de la prestación personal del servicio. Los anteriores requisitos permiten diferenciar la mora del empleador con la ausencia de afiliación, último evento en cual el empleador omite afiliar a su trabajador dependiente, lo cual impide a la administradora conocer la existencia de la relación laboral y el subsecuente ejercicio de las acciones de cobro, motivo por el cual sólo es viable su validación a través del pago del cálculo actuarial, conforme el literal d) del parágrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9 de la Ley 797 de 2003, el artículo 57 del Decreto 1748 de 1995, modificado por el artículo 17 del Decreto 3798 de 2003 y compilado en el artículo 2.2.16.7.18 del Decreto 1833 de 2016.

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto se reclama la existencia de una relación laboral entre **LUZ MARLEN ACOSTA ESTUPIÑAN** y **JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ** entre el 1° de septiembre de 1996 hasta el 31 de agosto de 2001, y a pesar de que lo aceptó el demandado en la contestación y lo consignó en la certificación expedida el 15 de

septiembre de 2017 (pág. 77, archivo “04SubsanaciónDemanda”), era necesario que la demandante acreditara la efectiva prestación del servicio, en los términos referidos jurisprudencialmente, para que se generen a su favor las cotizaciones que dice fueron omitidas por el empleador y, por ende, la obligación de **COLPENSIONES** de expedir el cálculo actuarial.

Al respecto, y al revisar el expediente no se allegó copia del contrato de trabajo, recibos de nómina o constancias de pago de las mensualidades que recibió **LUZ MARLEN ACOSTA ESTUPIÑAN** por parte de **JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ** entre el 1° de septiembre de 1996 hasta el 31 de agosto de 2001 y menos aún hay constancia de afiliación a servicios de salud por ese periodo, que permitieran inferir la ejecución ordinaria del contrato de trabajo.

Y si bien se recaudaron testimonios, de sus afirmaciones no es posible deducir que la demandante prestó servicio por todo el tiempo reclamado, tan sólo de sus declaraciones se desprende una prestación de servicios por un lapso inferior, que conlleva a modificar la sentencia de primera instancia en este aspecto, como pasa a explicarse, advirtiendo que el interrogatorio de la demandante no puede generar efectos a su favor, a menos que existan medios persuasivos distintos que lo corroboren.

Raúl Medina Cadena (min.24:00, archivo “14GrabacionAudienciaPruebas”) en su testimonio narró que conoció a la demandante inicialmente como parte de la familia del doctor Jorge Enrique Romero Pérez y luego la vio trabajando en esa oficina de abogados, ella hacía labores varias como ir por las carpetas donde estaban los folios de los procesos, conoció a LUZ MARLEN a finales del año 2000 y empezó a frecuentar esa oficina en enero del año 2001, y no supo si se le pagaba salario.

Tania Isabel Vera Pacheco (min.35:53, archivo “14GrabacionAudienciaPruebas”) manifestó que trabajó para **JORGE**

**ENRIQUE ROMERO** desde el año 2002 al año 2004 como recepcionista, lo que descarta esta prueba para demostrar los extremos temporales reclamados, puesto que no tuvo percepción directa de la forma en que la demandante llevó a cabo la prestación de servicio hasta el año 2001.

Santiago Antonio Beltrán Lozano (*min.47:43, archivo “14GrabacionAudienciaPruebas”*) expresó que trabajó para el demandado Jorge Enrique Romero entre el mes de agosto de 1999 y el 1° de marzo de 2003, inicialmente como asistente y dependiente judicial, que cuando ingresó ya trabajaba en esa oficina LUZ MARLEN, ella era secretaria y asistente del doctor Jorge Romero, y sus funciones eran recibir los clientes, coordinaba las reuniones, organizaba la agenda del doctor Romero y todo lo relacionado con la atención al público y que MARLEN devengaba un salario mínimo.

Angie Andrea Santana Ortiz (*min.59:56, archivo “14GrabacionAudienciaPruebas”*) indicó que trabajó para el doctor Romero desde el año 1999 hasta el 2001, sin especificar fechas, que cuando ingresó ya **MARLEN** estaba haciendo actividades en esa oficina, pues era secretaria del doctor Romero; señaló que en el año 2001 se hizo la afiliación a seguridad social de MARLEN, pues antes no estaba afiliada porque tenía como un contrato de prestación pues no tenía un horario fijo puesto que iba a la oficina hacia sus labores y salía.

Para la Sala con las declaraciones de Santiago Antonio Beltrán Lozano, Raúl Medina Cadena y Angie Andrea Santana Ortiz, se constata que **LUZ MARLEN ACOSTA ESTUPIÑAN** por los menos desde agosto de 1999 prestó servicios a favor de **JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ**, como secretaria o asistente.

Por tanto, teniendo en cuenta la certificación expedida el 15 de septiembre de 2017 (*pág. 77, archivo “04SubsanaciónDemanda”*), la posición del demandado persona natural y la acreditación de la

prestación del servicio, se modificará la sentencia de primera instancia y se declarará para todos los efectos que entre las referidas partes existió un contrato de trabajo vigente entre el 1° de agosto de 1999 y el 31 de agosto de 2001, y, por ende, la obligación de COLPENSIONES de expedir el cálculo actuarial por ese periodo y el pago que deberá efectuar **JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ**, al no estar acreditada la afiliación ni la cancelación de aportes al ISS, durante ese tiempo.

Frente a la inconformidad presentada por el apoderado de la parte actora, la misma no es de recibo para la Sala pues, tal y como lo advirtió el *a quo* y como se desprende de la historia laboral de la demandante (*pág. 121 a 127, archivo "01Demanda"*), en el presente proceso no existió mora patronal, sino una falta de afiliación por los periodos comprendidos entre el 1° de agosto de 1999 hasta el 31 de agosto de 2001. Si bien el empleador pagó los periodos de manera extemporánea (*pág. 22 y 33 archivo "01Demanda"*), fueron realizados sin que existiera afiliación, no estando **COLPENSIONES** obligada a cargar en la historia laboral los periodos en mención y tampoco considerarlos para fines pensionales.

Ahora, **COLPENSIONES** negó el cálculo actuarial al empleador omiso argumentando no sólo que la demandante y **JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ** eran cónyuges (*pág. 20 y 21 archivo "01Demanda"*), sino que encontró falencias tales como: que el empleador en múltiples solicitudes afirmó que volvió a cotizar para pensión en el año 2001; que los trabajadores de ROMERO contratados para el periodo en que se solicita el cálculo actuarial afirmaron que **LUZ MARLEN ACOSTA ESTUPIÑAN** no laboró en la oficina de abogados y todos los contratos fueron por escrito; que en el contrato aportado a COLPENSIONES se afirmó que había sido suscrito en el año 1996, pero se encontraba regulado por normatividad del 2002, entre otros aspectos. En consecuencia, se tiene que el fondo de pensiones público encontró motivos razonables en vía administrativa para negar la liquidación del cálculo actuarial por omisión, por lo que no puede predicarse culpa o

negligencia de dicha AFP, situación que fue aclarada únicamente en el presente trámite judicial.

Tampoco le asiste razón al apoderado de la demandante al argumentar que su cliente cumple con los requisitos para acceder a la pensión vejez por acreditar 1.059 semanas al año 2014. En efecto, si se toma la historia laboral expedida el 15 de septiembre de 2022 (*archivo "18ActualizacionHistoriaSemanasCotiz..."*), sin tener en cuenta los tiempos habilitados por cálculo actuarial, **LUZ MARLEN ACOSTA ESTUPIÑAN** al ser beneficiaria del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por edad, acredita un total de 538,72 semanas cotizadas al 29 de julio de 2005 (Acto Legislativo 01 de 2005) y un total de 790,45 semanas cotizadas al 31 de julio de 2010. Y durante los últimos 20 años al cumplimiento de los 55 años de edad (calculados entre el 16 de julio de 1988 al 15 de julio de 2008) tan sólo acredita 326,29 semanas, por lo que no cumple los requisitos del Acuerdo 049 de 1990. Siendo ello así, una vez habilitadas las semanas por cálculo actuarial, el fondo de pensiones deberá determinar si el régimen de transición de la afiliada se le extendió hasta el año 2014, en virtud del Acto Legislativo 01 de 2005, y si tiene o no derecho o no a la pensión de vejez.

Por tanto, no es posible disponer un reconocimiento pensional anticipado sin que COLPENSIONES reciba a satisfacción los dineros provenientes del cálculo actuarial, momento a partir del cual es el propio ente administrador del fondo de pensiones quien debe resolver la solicitud, en los términos establecidos por el legislador. Bajo ese análisis, tampoco proceden los intereses moratorios, motivo por el cual se modificará la sentencia de primera instancia para ordenar a la entidad demandada a que una vez se acredite el pago del cálculo actuarial proceda a estudiar la prestación pensional que corresponda a favor de la demandante.

Respecto de las inconformidades presentadas por el demandado **JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ** debe precisarse que no es dable

liquidar el valor del cálculo actuarial por parte de la sede judicial atendiendo a que, conforme se explicó en la parte considerativa de la presente providencia, le corresponde a la administradora de pensiones liquidar su monto y recibir el pago a satisfacción, razón suficiente para confirmar la sentencia de primera instancia en este aspecto.

Sobre la compensación de los periodos pagados de manera extemporánea por parte del empleador el 12 de abril de 2016 y que en la historia laboral de la demandante reportan con la novedad *no registra relación laboral en la afiliación para este pago (pág. 121 a 127 archivo “01Demanda”)*, se tiene que tal aspecto no fue objeto de debate en la contestación de la demanda (*pág. 2 a 9 archivo “11ContestacionJorgeRomero20211216”*) ya que la defensa se centró en indicar que ya se habían pagado los aportes correspondientes. Y si bien en la fijación del problema jurídico (*min. 07:23 archivo “14GrabacionAudienciaPruebas”*) se estableció la posibilidad de tener en cuenta los aportes pagados de manera extemporánea, nada se precisó sobre la compensación de dineros en caso de condena por cálculo actuarial, por lo que no se puede incluir en el recurso de alzada una nueva pretensión que no fue objeto de controversia en el trámite de primera instancia.

Con todo, en este caso le corresponde a **COLPENSIONES** en el trámite administrativo establecer si acepta la compensación de los dineros pagados por parte del empleador, sin reportar la existencia de la relación laboral, frente al monto que le corresponda cancelar por concepto de cálculo actuarial o, en su defecto, adelantar las acciones administrativas o judiciales correspondientes para obtener los valores cancelados en exceso.

Pese a que la apoderada argumenta la buena fe de **JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ** al pagar los aportes pensionales, lo cierto es que a **COLPENSIONES** no se le reportó la novedad de afiliación de la trabajadora conforme quedó demostrado en el expediente, por lo que

dicha entidad no estaba obligada a tenerlos en cuenta en la historia laboral y a validarlos como semanas efectivamente cotizadas.

Sin costas en esta instancia.

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

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

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el ordinal primero de la sentencia de primera instancia en el sentido de establecer que la relación laboral que existió entre **JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ**, en calidad de empleador, y la demandante **LUZ MARLEN ACOSTA ESTUPIÑAN**, en calidad de trabajadora, estuvo vigente entre el 1° de agosto de 1999 y el 31 de agosto de 2001, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**SEGUNDO: MODIFICAR** los ordinarios segundo y tercero de la sentencia de primera instancia en el sentido de señalar que los periodos a pagar por cálculo actuarial corresponden a la relación laboral que existió entre el 1° de agosto de 1999 y el 31 de agosto de 2001, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

**TERCERO: MODIFICAR** los ordinales cuarto y quinto de la sentencia de primera instancia y en su lugar ORDENAR a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** a que una vez reciba el pago del cálculo actuarial por

parte del demandado **JORGE ENRIQUE ROMERO PÉREZ**, a su entera satisfacción, proceda a actualizar la historia laboral de **LUZ MARLEN ACOSTA ESTUPIÑAN**, a determinar el régimen pensional aplicable, y si procede el reconocimiento de la pensión de vejez, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

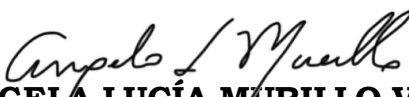
**CUARTO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.

**QUINTO: SIN COSTAS** en esta instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada. Con salvamento de voto

  
**CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ**  
Magistrada.



### **SALVAMENTO DE VOTO:**

DEMANDANTE: LUZ MARLEN ACOSTA ESTUPIÑAN

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-  
COLPENSIONES Y OTRO.

RADICACIÓN: 11001 31 05 029 2021 00121 01

### **MAGISTRADO PONENTE. HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

A continuación, se exponen las razones por las que se presenta salvamento de voto:

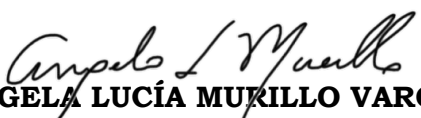
El presente caso tiene como objetivo la orden de pago de cálculo actuarial a cargo del empleador omiso también demandado en el proceso para lograr el reconocimiento y pago de la pensión de vejez.

De las pruebas allegadas al expediente se observa que COLPENSIONES negó el cálculo actuarial porque el empleador además de ser cónyuge de la demandante, al presentar los documentos afirmó que volvió a cotizar para pensión en el año 2001, aunado a que los trabajadores del mismo afirmaron que la demandante no había laborado en la oficina de abogados y que todos los contratos se realizaban por escrito, y, el contrato aportado, pese a señalar que se había suscrito para el año 1996 se encontraba consignado en un contrato regulado por la normatividad del año 2002; considerando la entidad que existían motivos razonables para negar la elaboración del cálculo, y así se indica en la sentencia.

Los anteriores elementos que se indicaron en la actuación administrativa unidos a la declaración que se recibió en el proceso de la señora Angie Andrea Santana Ortiz, permiten señalar que si bien la señora Marlen pudo realizar actividades en la oficina de abogados donde el empleador era su esposo, las mismas las realizaba de manera autónoma, lo cual se deduce de lo reseñado en la sentencia que expuso la testigo cuando señaló que se realizó la afiliación a seguridad social de MARLEN, pues antes no estaba afiliada porque tenía como un contrato de prestación de servicios pues no tenía un horario fijo puesto que iba a la oficina hacía sus labores y salía.

Dicha aseveración desvirtúa el elemento de la subordinación jurídica de la empleada respecto del empleador que a la vez tiene la calidad de esposo de la actora, por lo que no había lugar a declarar la existencia de la relación laboral en el periodo señalado en la sentencia y, en consecuencia, tampoco había lugar a emitir la orden para la elaboración del cálculo actuarial.

En ese orden de ideas, se considera que se debió revocar la sentencia de primera instancia y absolver a la demandada.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No. 29-2021-00170-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver recurso de apelación presentado por el apoderado de **COLPENSIONES**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 08 de septiembre de 2022 proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual condenó a **COLPENSIONES** a pagar la pensión vejez al demandante a partir del 16 de febrero de 2007 en cuantía inicial de \$2.472.777 por 13 mesadas anuales, conforme al artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990, junto con el retroactivo por diferencias causadas entre el 24 de febrero de 2018, debidamente indexadas, absolvió a la **UNIVERSIDAD CENTRAL** de las pretensiones de la demanda y no impuso costas procesales (*min. 28:15, archivo "023GrabacionAudienciafallo"*).

**I. ANTECEDENTES**

**DEMANDA**

**JOSE HERNANDO ROJAS CASTILLO** llamó a juicio a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y a la **UNIVERSIDAD CENTRAL** con el fin de que se condene a esta última a pagar el cálculo actuarial por los periodos no cotizados entre el

15 de febrero de 1984 hasta el 03 de marzo de 1992, y a COLPENSIONES a actualizar la historia laboral, a reliquidar la pensión vejez con una tasa de remplazo del 90% conforme al Decreto 758 de 1990, retroactivo, indexación, costas procesales y condenas ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 16 de febrero de 1947; prestó sus servicios al Ministerio de Trabajo desde el 01 de diciembre de 1971 al 15 de marzo de 1972 y del 30 de mayo de 1991 al 28 de febrero de 1995; laboró para el DANE desde el 24 de septiembre de 1973 al 15 de octubre de 1990 y prestó sus servicios para la UNIVERSIDAD CENTRAL desde el 15 de febrero de 1984 al 04 de marzo de 1992; que el ISS mediante Resolución No. 26337 del 16 de septiembre de 2004, le reconoció pensión vejez conforme la Ley 33 de 1985, la cual fue ingresada en nómina de pensionados a partir del 01 de octubre de 2006; que posteriormente COLPENSIONES mediante resoluciones SUB104577 del 19 de abril de 2018 y SUB206364 del 02 de agosto del 2018 reliquidó su pensión; sin embargo, el 15 de diciembre de 2020 le solicitó a la misma entidad la inclusión de los tiempos laborados para la UNIVERSIDAD CENTRAL, petición que fue negada a través de oficio del 21 de enero de 2021; y que el 24 de febrero de 2021, le solicitó a COLPENSIONES la reliquidación de la pensión conforme al Decreto 758 de 1990 (*pág. 1 a 6 archivo “001Demanda”*).

### **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó la fecha de nacimiento del demandante, las semanas cotizadas, los actos administrativos de reconocimiento pensional y la solicitud de reliquidación. Expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *prescripción y caducidad*, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, inexistencia del derecho y de la obligación, imposibilidad de condena en costas y la innominada o genérica (*pág. 2 a 13 archivo “006ContestacionColpensiones20210924”*).

La **UNIVERSIDAD CENTRAL** se opuso a la prosperidad de las pretensiones. Aceptó la vinculación del demandante, las solicitudes presentadas por el actor y las respuestas brindadas. Expresó que los demás hechos no le constaban y formuló las excepciones de *inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido*, buena fe exenta de culpa, carencia de acción y la innominada o genérica (pág. 3 a 15, archivo “008ContestacionUniversidadCentral202109228”).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 28:15, archivo “023GrabacionAudienciafallo”).

El 08 de septiembre de 2022, el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

**(... PRIMERO:** CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar a Jose Hernando Rojas Castillo la pensión vejez a partir del 16 de febrero de 2007 conforme lo previsto en el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 en cuantía inicial de \$ 2.472.777 con los reajustes legales anuales y por 13 mesadas al año. **SEGUNDO:** DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción propuesta por Colpensiones de conformidad con lo indicado en la parte motiva. **TERCERO:** CONDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y cancelar el retroactivo pensional por las diferencias pensionales causadas entre lo pagado por la entidad al demandante a partir del 24 de febrero de 2018 y el monto pensional que realmente correspondía a igual calenda a fecha de fallo asciende a la suma de \$36.098.171, sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago. **CUARTO:** ABSOLVER a la Universidad Central de todas las pretensiones incoadas en su contra por parte del demandante Jose Hernando Rojas Castillo. **QUINTO:** Sin condena en costas. **SEXTO:** de no ser apelada la presente sentencia, consultarse con el Honorable Tribunal Superior de Bogotá (...)

El Juzgado definió el problema jurídico en determinar si hay había lugar a condenar a la demandada UNIVERSIDAD CENTRAL a pagar el cálculo actuarial ante COLPENSIONES de los periodos reclamados, la procedencia de la actualización de la historia laboral y de la reliquidación de la pensión vejez a cargo de COLPENSIONES.

Para resolver indicó que los tiempos laborados con el empleador UNIVERSIDAD CENTRAL se encontraban acreditados como cotizados en la historia laboral del demandante, por lo que dijo que no había

lugar a imponer condena a dicha entidad. Sobre la solicitud de reliquidación señaló que la Corte Suprema de Justicia ha establecido que es posible acceder a la pensión vejez bajo los postulados del Decreto 758 de 1990, sumando tiempos públicos y privados, y al ser el actor beneficiario del régimen de transición, accedió a la reliquidación teniendo en cuenta el 90% como tasa de remplazo, pero solo a partir del cumplimiento de los 60 años de edad, fijando como mesada pensional la suma de \$2.472.777a partir del 16 de febrero de 2007 en 13 mesadas anuales, ordenando el pago de diferencias sobre mesadas pensionales a partir del 24 de febrero de 2018, en virtud del fenómeno de la prescripción.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

El apoderado de **COLPENSIONES** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Adujo que mediante Resolución No. 26337 del 17 de septiembre de 2014, el ISS le reconoció al actor la pensión por cumplir los requisitos establecidos en la Ley 33 de 1985, no siendo posible pretender la reliquidación desconociendo que el reconocimiento inicial se dio bajo unos parámetros y beneficios establecidos en la norma; además, que al demandante se le pagó un retroactivo con base en los requisitos de la Ley 33 de 1985 y al cumplimiento de los 55 años de edad, y al acceder a la reliquidación en las condiciones pretendidas se daría un enriquecimiento sin causa alguna, sin lugar a compensación, no se cumpliría el principio de inescindibilidad de la norma y se generaría un detrimento patrimonial, por lo que considera que no es procedente la prestación reclamada (*min. 31:16, archivo "023GrabacionAudienciafallo"*).

### IV. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Durante el término del traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada principal de **COLPENSIONES**, sustituyó el poder a la doctora Alida del Pilar Mateus Cifuentes, identificada con C.C. 37.627.008 y titular de la T.P. 221.228 del C.S.J., a quien se reconoce

como apoderada de dicho fondo de pensiones, y en su escrito de alegatos solicitó revocar la sentencia.

Por su parte, la apoderada del actor solicitó la confirmación de la decisión de primer grado señalando que el reconocimiento de la prestación en virtud de la ley 33 de 1985 no es obstáculo para la reliquidación de la prestación con base en el decreto 758 de 1990 a la luz del cambio de criterio jurisprudencial que permite la sumatoria de los tiempos públicos y privados.

## **V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA**

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

## **VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

## **VII. PROBLEMA JURÍDICO**

Le corresponde a la Sala determinar si le asiste derecho al demandante a la reliquidación de la pensión de vejez bajo los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990, pese a haberse pensionado con anterioridad al cumplimiento de los 60 años conforme la Ley 33 de 1985 y, si como consecuencia de ello, se debe condenar a COLPENSIONES a pagar el retroactivo de las diferencias pensionales e indexación.

## VIII. CONSIDERACIONES

No se encuentran en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i)** JOSE HERNANDO ROJAS CASTILLO nació el 16 de febrero de 1947 (*pág. 8, archivo “001Demanda”*); **ii)** el ISS mediante Resolución No.026337 del 16 de septiembre de 2004, le reconoció al señor Jose Hernando Rojas Castillo pensión de jubilación conforme Ley 33 de 1985 (*pág. 25 a 27, archivo “001Demanda”*); **iii)** el ISS mediante Resolución No. 001524 del 29 de enero de 2007, ingresó a nómina de pensionados al demandante a partir del 01 de octubre de 2006 en cuantía inicial de \$2.013.602 y ordenó el pago de un retroactivo pensional (*pág. 28 a 29, archivo “001Demanda”*); **iv)** COLPENSIONES mediante resoluciones SUB104577 del 19 de abril de 2018 y SUB206364 del 02 de agosto de 2018 reliquidó la pensión jubilación del accionante a partir del 06 de febrero de 2015 en cuantía de \$2.873.384 (*pág. 30 a 47, archivo “001Demanda”*); **v)** y JOSE HERNANDO ROJAS le solicitó a COLPENSIONES la reliquidación de la pensión vejez el 24 de febrero de 2021 (*pág. 54, archivo “001Demanda”*).

- **Sobre la reliquidación de la pensión de vejez bajo los postulados del Acuerdo 049 de 1990.**

La Corte Suprema de Justicia a partir de las sentencias SL1947 de 2020 y SL1981 de 2020, modificó su línea jurisprudencial en el sentido de establecer que los beneficiarios del régimen de transición pueden obtener la pensión de vejez prevista en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, contabilizando semanas cotizadas o tiempos de servicios no cotizados con empleadores públicos y servicios cotizados con empleadores privados, criterio que ha sido reiterado en sentencias SL185-2021, SL2061-2021 y SL3484-2022, entre otras. Por ende, si un afiliado beneficiario del régimen de transición reúne los requisitos de pensión conforme al Acuerdo 049 de 1990, sin importar si son semanas por servicios públicos o privados, sufragadas o no a una caja, tiene derecho a la aplicación de dicha normativa y a la tasa de remplazo conforme al artículo 20 *ibidem*.

Sin embargo, recientemente el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria Laboral en sentencia SL 3484 de 2022, en un asunto similar al debatido en este juicio, estableció lo siguiente:

*“(…) la reliquidación se torna improcedente en aquellos casos en los cuales la prestación se reconoce inicialmente bajo la Ley 33 de 1985, pero a partir de una fecha en la cual el afiliado no había cumplido aún los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, pues la reliquidación está cimentada en un cambio de régimen y, por ello, para que sea viable deben estar acreditados los requisitos exigidos por ambos regímenes a la fecha del reconocimiento inicial, dado que no existe disposición legal que permita acceder a una pensión de forma temporal y hasta que se cumplan los requisitos consagrados en otra normativa.*

*De esta manera, si se accede inicialmente al reconocimiento pensional bajo la Ley 33 de 1985 sin el cumplimiento de los requisitos del Acuerdo 049 de 1990, la reliquidación posterior resultaría contraria a derecho, porque al pensionado ya le fueron canceladas las mesadas pensionales que se causaron bajo el régimen inicial, las cuales, de efectuarse la reliquidación, quedaría sin soporte legal su reconocimiento, pero, además, cualquier mecanismo de devolución, retorno o descuento a futuro de lo ya cancelado, distorsiona la aplicación efectiva del régimen de transición y pone en riesgo el funcionamiento del régimen de prima media con prestación definida (...)*”

Descendiendo al caso bajo estudio, no fue objeto de discusión que JOSE HERNANDO ROJAS CASTILLO nació el 16 de febrero de 1947 (*pág. 8 archivo “001Demanda”*), por lo que cumplió los 60 años el mismo día y mes del año 2007; tampoco se controvierte que el accionante fue pensionado por el ISS mediante Resolución No. 026337 del 16 de septiembre de 2004 conforme la Ley 33 de 1985 (*pág. 25 a 27 archivo “001Demanda”*) y que a través de la Resolución No. 001524 del 29 de enero de 2007, fue ingresado a nómina de pensionados a partir del 01 de octubre de 2006 en cuantía inicial de \$2.013.602 y ordenó el pago de un retroactivo pensional (*pág. 28 a 29 archivo “001Demanda”*).

De lo expuesto, para la Sala es claro que a JOSE HERNANDO ROJAS CASTILLO le fue reconocida la pensión de jubilación conforme a la Ley 33 de 1985, junto con su correspondiente retroactivo, con anterioridad al cumplimiento de los 60 años, esto es, a partir del 01 de octubre de 2006 cuando contaba con 59 años de edad. Por tal razón, y

conforme con el criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia, que acoge plenamente esta Sala, al momento en que al demandante le fue reconocida inicialmente la pensión de jubilación no acreditaba el requisito de edad para acceder a la pensión vejez bajo las condiciones no solo de la Ley 71 de 1988, sino del mismo Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, lo que descarta el reconocimiento y reliquidación reclamada en la demanda, puesto que una decisión en tal sentido desconocería la prestación otorgada bajo los postulados de la Ley 33 de 1985, ya que bajo dicha norma el requisito de edad es de 55 años.

Y si bien JOSE HERNANDO ROJAS CASTILLO disfrutó de un retroactivo pensional generado desde el 1° de octubre de 2006, meses antes de cumplir la edad mínima establecida en los otros dos regímenes pensionales invocados en la demanda, el solo hecho de haber recibido, beneficiado y disfrutado de ese retroactivo, descartó la reliquidación de la prestación con una normatividad diferente. Situación distinta, si el retroactivo se hubiera generado a partir del 16 de febrero de 2007, fecha del cumplimiento de los 60 años de edad, caso en el cual el análisis y la conclusión tendrían efectos diferentes.

Por tanto, los argumentos expuestos resultan suficientes para revocar la condena y en su lugar absolver a COLPENSIONES de las pretensiones de la demanda.

Sin costas en esta instancia.

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

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

**RESUELVE**

**PRIMERO: REVOCAR** los ordinales Primero, Segundo y Tercero de la sentencia de primera instancia y, en su lugar, **ABSOLVER** a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de las pretensiones incoadas en su contra, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

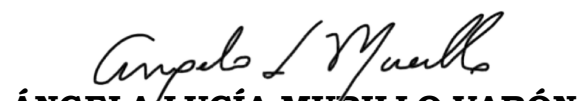
**SEGUNDO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.

**TERCERO: SIN COSTAS** en esta instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No.30-2020-00376-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada **EPS FAMISANAR SAS** contra la sentencia proferida el 18 de noviembre de 2021 por el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá que declaró que el contrato de trabajo fue terminado sin justa causa, en etapa de negociación colectiva, y condenó a la pasiva al reintegro de la demandante **MARIA JANNETH SÁNCHEZ**, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones, aportes a seguridad social y costas procesales (*min. 01:25:57, archivo “015.11001310503020200037600-20211118\_144405-Grabación de la reunión”*).

**I. ANTECEDENTES**

**• DEMANDA**

**MARIA JANNETH SÁNCHEZ** llamó a juicio a **EPS FAMISANAR SAS** con el fin de que se condene a la demandada a su reintegro en el mismo cargo que desempeñaba al momento del despido o a otro igual

o de superior jerarquía, sin solución de continuidad, al pago de salarios dejados de percibir, aportes a seguridad social, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que se vinculó con **EPS FAMISANAR SAS**, a través de un contrato a término indefinido, desde el 03 de marzo de 2008 hasta el 22 de septiembre de 2022, desempeñando el cargo de ejecutivo comercial y devengando un promedio salarial mensual de \$2.200.000; que el día 06 de septiembre de 2020, la sociedad demandada le comunicó la decisión de dar por terminado su contrato de trabajo a partir del 22 de septiembre de 2020 alegando justa causa.

Manifestó que el día 22 del mes de enero de 2018 la organización sindical SINDICATO DE TRABAJADORES DE FAMISANAR EPS CAFAM -COLSUBSIDIO “SINTRAFAMISANAR” presentó a la sociedad demandada un pliego de peticiones, con el fin de mejorar las condiciones laborales y económicas de sus afiliados, que la etapa de arreglo directo se inició el día 12 de febrero de 2018 y terminó el 14 de agosto de 2018, sin alcanzar acuerdo alguno, por lo que el Ministerio de Trabajo mediante Resolución No. 0005413 del 05 de diciembre de 2019, ordenó la constitución de un Tribunal de Arbitramento obligatorio a fin de dirimir el conflicto colectivo de trabajo existente entre las partes; que el tribunal de arbitramento profirió el laudo arbitral el 26 de febrero de 2020, decisión contra la cual el Sindicato interpuso recurso extraordinario de anulación, siendo asignado magistrado ponente hasta el 03 de julio de 2020 y que a la fecha de la presentación de la demanda el conflicto colectivo seguía vigente.

Comentó que al momento del despido se encontraba afiliada a la organización sindical; que se le dio por terminado el contrato de trabajo antes de ser escuchada en diligencia de cargos y descargos; que desde los meses de mayo, junio y julio de 2020 manifestó por escrito a la demandada que no estaba de acuerdo con la cifra del presupuesto de ventas asignada en forma unilateral, teniendo en

cuenta los factores derivados de la pandemia o Covid-9, que las empresas que venía atendiendo aún no estaban laborando en su gran mayoría, tenían nominas congeladas, contratos suspendidos, o vacaciones colectivas y en algunos casos despidos de personal (pág. 1 a 11, archivo "01. DEMANDA Y ANEXOS").

- **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA**

**EPS FAMISANAR SAS** se opuso a todas las pretensiones. Aceptó la existencia del contrato de trabajo, el cargo desempeñado, la forma de terminación del contrato de trabajo, el trámite y estado del conflicto colectivo. Expresó que los demás hechos no eran ciertos y formuló las excepciones de *justa causa comprobada en la terminación del contrato de trabajo*, cobro de lo no debido por inexistencia de obligación, pago, buena fe, prescripción y compensación (pág. 1 a 14, archivo "016. 04. CONTESTACIÓN FAMISANAR 2020 376").

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

(Min. 01:25:57, archivo "015. 11001310503020200037600...")

El 18 de noviembre de 2021, el Juzgado Treinta (30) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

**"PRIMERO: DECLARAR** que el contrato de trabajo suscrito entre la demandante MARIA JANNETH SÁNCHEZ y FAMISANAR EPS S.A.S, fue terminado por el empleador el día 22 de septiembre de 2020, sin justa causa. **SEGUNDO: DECLARAR** que la trabajadora MARIA JANNETH SÁNCHEZ, era beneficiaria del fuero circunstancial y fue despedida en etapa de negociación colectiva entre SINTRAFAMISANAR y la EPS FAMISANAR S.A.S. **TERCERO: CONDENAR** a la sociedad demandada FAMISANAR E.P.S. S.A.S, a reintegrar a la trabajadora MARIA JANNETH SÁNCHEZ, identificada con la cedula de ciudadanía No.51'972.487 de Bogotá, al cargo que venía desempeñando al momento del despido, desde el 22 de septiembre de 2020 sin solución de continuidad y a reconocer el pago de sus salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social integral a partir de la fecha del despido y hasta la fecha que se haga efectivo el reintegro. **CUARTO: DECLARAR** no probadas las excepciones planteadas. **QUINTO: CONDENAR** en COSTAS a la parte demandada. Liquéndose por secretaría e inclúyanse como agencias en derecho

*y a favor de la parte demandante, la suma de DOS MILLONES DE PESOS M/CTE (\$2.000.000)”.*

El Juzgado de primera instancia fijó como problema jurídico determinar si el contrato de trabajo terminó con o sin justa causa por parte del empleador, la posibilidad del reintegro y pago de las acreencias laborales.

El Juez indicó que no hubo controversia respecto de la existencia del contrato de trabajo, los extremos temporales y el trámite del conflicto colectivo; que le correspondía a la demandada la carga de la prueba de acreditar la justa causa alegada para el terminar el contrato de trabajo de forma unilateral; que frente a la causal aplicada, el Decreto 1373 de 1966 establece un procedimiento para que se pueda tener por válida, que el macroproceso de afiliación y activación de derechos inició en febrero de 2020 y si bien la actora aceptó y confesó conocerlo, la demandada nunca tuvo en cuenta los argumentos de la trabajadora expresado en el correo del 18 de mayo de 2020, donde manifestó su inconformidad por la política tan alta de metas, y en ese mes laboró tan solo 12 días, con ocasión de su periodo de vacaciones, por lo que para aplicar esta causal se debía valorar al trabajador en igualdad de condiciones, tanto con sus propias metas como las de los demás compañeros.

Señaló que existen tres memorandos para mayo, junio y julio, donde cada uno contempla una meta de 120 afiliaciones, pero mayo a la demandante se le debió tener en cuenta una meta proporcional, dado que venía de disfrutar vacaciones; que FAMISANAR no demostró con suficiente claridad las condiciones sobre las cuales debía estar realizando las labores la demandante frente a los demás compañeros de grupo, pues en la carta de terminación no se indica por qué esos 4 o 5 trabajadores si dieron rendimientos superiores a los esperados; que no se puede desconocer el impacto que generó la pandemia COVID-19, donde muchas empresas se vieron obligadas a prescindir de personal, otras a enviar a los trabajadores a vacaciones colectivas y otras a no contratar más personal, por la dificultad para su

producción, por lo que considera que la EPS demandada pudo adoptar medidas alternativas a la terminación del contrato, teniendo en cuenta que las metas estaban supeditadas a la vinculación de un número específico de afiliados.

Y finalmente, que la variación negativa de metas de mayo a julio de 2020 si bien se hizo con otros 19 compañeros, la comparación debió hacerse con otras metas y resultados previos a estos meses, pues la situación extraordinaria de la pandemia impedía realizar un verdadero comparativo, por lo que concluyó que fue en despido sin justa causa.

### **III. RECURSO DE APELACIÓN.**

El apoderado de **EPS FAMISANAR SAS** interpuso recurso de apelación con el fin de que se revoquen las condenas impuestas.

Adujo que de los interrogatorios y testimonios de Fredy Sánchez, Jenny González y Armando Monsalve se advierte claramente que el contrato de trabajo se terminó por justa causa, debido al incumplimiento de las funciones de la demandante y a su deficiente rendimiento; que el despacho dio por probados hechos que no tienen sustentación y dejó de lado algunos otros que si se acreditaron; en la carta de terminación se indicó que la justa causa se configuró al haber incumplido las metas de mayo, junio y julio de 2020, por haber tenido un deficiente rendimiento, lo cual quedó plenamente demostrado en todo el proceso; que la empresa requirió en diferentes oportunidades a la demandante indicándoles porque no había cumplido las metas, esperando que mejorara su desempeño, aspecto que no ocurrió y fue admitido por la demandante.

Indicó que la política comercial se mantuvo durante el año 2020 y para su implementación no se tiene que consultar con la colaboradora; que del testimonio de Fredy Sánchez no se extrae nada relevante, que Jenny González manifestó que para fijar las metas evaluaban el crecimiento de la EPS y a raíz de la pandemia se

buscaron más opciones para su cumplimiento y las EPS fueron las que más crecieron a raíz de la pandemia; que la EPS si tuvo en cuenta la pandemia, se construyeron unas bases de datos, capacitación de ventas, se generaron guiones, se entregaron datos para la tablet, por lo que se apoyó a los colaboradores para que cumplieran sus funciones en debida forma; que todos los ejecutivos comerciales tenían la misma herramienta y su formación.

Expresó que del testimonio de Armando González se extrae que la comparación se hizo con sus pares, con su grupo comercial, y puede que no se hayan cumplido las metas pero que la demandante estaba por debajo del promedio de su grupo comercial; frente el tema de vacaciones fue a prorrata y se descontaron de la meta conforme con la certificación allegada al expediente; que en la política de ventas en el numeral 2,6 se estableció que el incumplimiento de algunos de los productos constituye una justa causa de terminación del contrato de trabajo y la demandada cumplió el procedimiento disciplinario establecido en el artículo 2 del Decreto 1373 de 1966; sobre el fuero circunstancial, al estar acreditada la justa causa no opera esta protección y que el Juzgado de instancia desconoció el precedente horizontal consignado en los procesos de Miguel Ángel Rosero contra Famisanar, Juzgado 26 Laboral del Circuito, radicado 2020-00316, Edilberto Gómez contra Famisanar, y Juzgado 23 Laboral del Circuito radicado 2020-00371, donde fue absuelta la demandada por los mismos hechos y pretensiones; finalmente, que la costas impuestas son *exorbitantes y absurdas (min. 28:21, archivo “35.1Audiencia”)*.

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado previsto en el artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado de **EPS FAMISANAR SAS** solicitó revocar la sentencia de primera instancia, reiterando los argumentos expuestos en la alzada.

La parte demandante en su intervención manifestó que se debe mantener la decisión recurrida.

## **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

## **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

Le corresponde a la Sala determinar si la sociedad empleadora acreditó la justa causa para terminar el contrato de trabajo de la demandante, de conformidad con los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico para ello.

## **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* el 03 de marzo de 2008, entre la demandante **MARIA JANNETH SÁNCHEZ** y **EPS FAMISANAR SAS** se suscribió y ejecutó un contrato de trabajo a término indefinido para ocupar el cargo de asesor comercial (*pág. 27 a 38 y 57, archivo “01. DEMANDA Y ANEXOS”*); *ii)* y que el 22 de septiembre de 2020 el empleador terminó el contrato de trabajo unilateralmente aduciendo justa causa (*pág. 106 a 110, archivo “04. CONTESTACIÓN FAMISANAR 2020 376”*).

### **- Sobre la terminación del contrato de trabajo con justa causa.**

El artículo 62 CST consagró las justas causas para terminar, de forma unilateral, el contrato de trabajo, tanto por el empleador como por el trabajador. Dicha norma establece el deber para quien finaliza unilateralmente en el contrato de manifestar a la otra parte, al

momento de la extinción, la causal o motivo de dicha decisión, sin que posteriormente pueda alegar válidamente causales o motivos distintos, prohibición ratificada en el artículo 66 CST.

En cuanto a la carga de la prueba en los procesos donde se debate la procedencia o no de la justa causa invocada para finalizar el contrato de trabajo, la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ ha sostenido que corresponde al trabajador acreditar el despido y al empleador demostrar la justa causa invocada (SL Rad. 33535 de 2008 y SL4547 de 2018, entre otras).

#### **- Sobre el fuero circunstancial**

Esta protección esta instituida para evitar el despido sin justa causa de los trabajadores que han presentado pliegos de peticiones, durante las etapas de la negociación colectiva, con lo cual se protege la unidad del colectivo de trabajadores frente a eventuales decisiones arbitrarias del empleador que pretendan disminuir la fuerza del movimiento sindical.

Al efecto el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965 establece que: *“Los trabajadores que hubieren presentado al patrono un pliego de peticiones no podrán ser despedidos sin justa causa comprobada, desde la fecha de la presentación del pliego y durante los términos legales de las etapas establecidas para el arreglo del conflicto”.*

Sobre el fuero circunstancial, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha definido que este garantiza la continuidad laboral en la empresa, a condición de que el beneficiario del mismo observe buena conducta y cumpla sus obligaciones laborales, es decir, que se comporte como un *buen trabajador*. Por consiguiente, si incurre en una justa causa de despido, la protección no opera, independientemente que esta haya ocurrido antes o después de la presentación del pliego de peticiones (SL3317-2019).

Ahora bien, sobre la terminación del conflicto colectivo de trabajo la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha dicho que ésta puede darse de dos formas, de manera normal cuando se suscribe la respectiva Convención Colectiva de Trabajo o con la ejecutoria del laudo arbitral, en virtud de lo definido en el artículo 461 del CST; y de forma anormal cuando las partes no cumplen con los deberes legales tendientes a que la negociación colectiva siga su curso y abandonen la controversia (SL 3429-2020 y SL4323-2021).

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, el Juzgado de primera instancia condenó a **EPS FAMISANAR SAS** al reintegro de la demandante, junto con el pago de salarios, prestaciones sociales, vacaciones y aportes a seguridad social, al concluir que el despido de la trabajadora fue sin justa causa, en vigencia de una negociación colectiva.

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

En la carta de terminación del contrato (*pág. 106 a 110, archivo “04. CONTESTACIÓN FAMISANAR 2020 376”*) el empleador alegó que la justa causa en que incurrió **MARIA JANNETH SÁNCHEZ** corresponde a la señalada en el numeral 9º del literal a) del artículo 62 del CST.

Debe recordarse que la SL CSJ ha reiterado que la exigencia del Parágrafo del artículo 62 CSJ se satisface o con la invocación de la causal legal, convencional o reglamentaria, o con la indicación de los motivos o hechos que inspiran la terminación unilateral del contrato, o con ambos.

Por lo tanto, al identificarse la causal que originó la finalización del vínculo contractual, es deber del Juez del trabajo verificar su ocurrencia, conforme la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia (SL Rad. 35105 de 2012, SL Rad.38855 de 2012 y SL1920-2018).

En la alzada se dice que en el expediente se probó con suficiencia la justa causa invocada y que el juzgado de instancia valoró indebidamente los interrogatorios y testimonios recaudados, además de las documentales, motivo por el cual la Sala se remitirá a estos aspectos para resolver la controversia.

**MARIA JANNETH SÁNCHEZ** durante el año 2020 disfrutó de 22 días de vacaciones entre el 20 de abril de 2020 y el 11 de mayo de 2020 (*archivo “13. CERTIFICACION”*).

Mediante Memorando 400, se le informó a la demandante que para el mes de mayo de 2020 la meta de ventas para ese periodo correspondía a 120 PBS (Plan de Beneficios en Salud) y 11 PAC (Plan de Atención Complementaria), (pág. 67, *archivo “04. CONTESTACIÓN FAMISANAR 2020 376”*); en correo electrónico del 18 de mayo de 2020 la demandante manifestó que no firmaba la carta de presupuesto de venta de mayo de 2020 al considerar que las mismas eran muy altas por la situación de pandemia que se estaba presentando, además que estuvo en vacaciones (pág. 73, *archivo “04. CONTESTACIÓN FAMISANAR 2020 376”*); en comunicación del 24 de junio de 2020 se le indicó a la accionante sobre el cumplimiento de ventas para el mes de mayo de 2020, donde se le indicó que tan solo había obtenido el 28.3% de metas en el presupuesto de ventas PBS y el 9.1% en el presupuesto de ventas PAC, señalándose como compromisos “llevar un indicador de ventas PAC a un 80% de cumplimiento” y “crecer en indicador de PBS para llegar al 100%”, y se le puso de presente la entrega de herramientas para la adecuada gestión de usuarios (*asignación de empresas, bases de datos para avanzar en temas de productividad*), (pág. 68 y 76, *archivo “04. CONTESTACIÓN*

*FAMISANAR 2020 376”); y en correo electrónico del 25 de junio de 2020 la trabajadora expresó que no firmaba el acta de resultados dado que no estaba de acuerdo con el presupuesto y la empresa no tuvo en cuenta los motivos que había presentado para su no aceptación (pág. 75, archivo “04. CONTESTACIÓN FAMISANAR 2020 376”).*

En Memorando de junio de 2020, se le informó a **MARIA JANNETH SÁNCHEZ** que para ese periodo la meta de ventas correspondía a 120 PBS (Plan de Beneficios en Salud) y 11 PAC (Plan de Atención Complementaria), (pág. 69, archivo “04. CONTESTACIÓN FAMISANAR 2020 376”); en oficio del 10 de julio de 2020, se le informó a la accionante sobre el cumplimiento de ventas para el mes de junio de 2020, donde tan sólo había obtenido el 39.2% de metas en el presupuesto de ventas PBS y el 9% en el presupuesto de ventas PAC, y se le reiteró los compromisos establecidos para el mes de junio de 2020 (pág. 70, archivo “04. CONTESTACIÓN FAMISANAR 2020 376”).

Y en Memorando de julio de 2020, se le señaló a **MARIA JANNETH SÁNCHEZ** que la meta de ventas para ese periodo correspondía a 120 PBS (Plan de Beneficios en Salud) y 11 PAC (Plan de Atención Complementaria), (pág. 72, archivo “04. CONTESTACIÓN FAMISANAR 2020 376”); en oficio del 04 de agosto de 2020, nuevamente se le puso de presente el cumplimiento de ventas para el mes de julio de 2020, donde tan sólo había obtenido el 50.8% de metas en el presupuesto de ventas PBS y el 13.4% en el presupuesto de ventas PAC, y se le reiteró como compromisos el cumplimiento del 100% en ambos indicadores (pág. 71, archivo “04. CONTESTACIÓN FAMISANAR 2020 376”).

En correo electrónico del 18 de agosto de 2020, el Coordinador de Relaciones Laborales de la demandada, le notificó a la trabajadora la apertura de procedimiento disciplinario y citación a descargos, (pág. 85, archivo “04. CONTESTACIÓN FAMISANAR 2020 376”); el 19 de agosto siguiente, se realizó el acta de descargos de forma virtual donde se le puso de presente el incumplimiento de sus obligaciones

consignadas en la política comercial ante los bajos resultados de ventas y se le dio a conocer un cuadro comparativo de rendimiento promedio en actividades análogas por todo el grupo comercial del área donde estaba asignada, se le concedió un término de ocho (8) días para presentar los descargos y se le advirtió que era para valorar una eventual configuración de la justa causa de terminación dispuesta en el numeral 9) del artículo 7º del Decreto 2351 de 1965, (pág. 86 a 89, *archivo “04. CONTESTACIÓN FAMISANAR 2020 376”*); la demandante presentó escrito de descargos en escritos de fecha 24 y 26 de agosto de 2020 (pág. 90 a 93, 97 y 98, *archivo “04. CONTESTACIÓN FAMISANAR 2020 376”*).

Posteriormente, la demandada en comunicación del 7 de septiembre de 2020 le notificó a la actora que luego del cuidadoso proceso de investigación, decidieron terminarle el contrato de trabajo con justa causa a partir del 22 de septiembre de 2020 (pág. 106 a 110, *archivo “04. CONTESTACIÓN FAMISANAR 2020 376”*).

En el interrogatorio rendido por el representante legal de **EPS FAMISANAR SAS**, Jairo Antonio Moreno Monsalve, manifestó que los promedios de los grupos para los meses de mayo, junio y julio de 2020 se tomaron con base en fórmulas matemáticas, se tuvieron en cuenta varias ponderaciones y se aplicaron a prorrata por el tiempo laborado y de acuerdo con las metas, y que además para la época de pandemia se le hicieron capacitaciones a la actora, se le entregaron bases de datos, formatos y guías para que se pudieran llevar a cabo las ventas telefónicas (*min. 24:26, archivo “11. 11001310503020200037600-20211008\_092249-Grabación de la reunión*).

Por su parte, **MARIA JANNETH SÁNCHEZ** en el interrogatorio aceptó que le fueron notificadas tanto la política comercial de la compañía para el año 2020 como las metas a cumplir para cada periodo, las cuales no firmó al considerar que las metas eran muy altas para la situación que estaban atravesando las empresas en plena pandemia por Covid-19, pues algunas empresas tenían congeladas las

nóminas, estaban cerradas, no contestaban, lo que le impidió cumplir las metas; y que solo 6 compañeros lograron los objetivos propuestos (*min. 47:32, archivo “11. 11001310503020200037600-20211008\_092249-Grabación de la reunión*).

La testigo Jenny Angelica González Peña, quien manifestó estar vinculada con **EPS FAMISANAR SAS**, como Gerente Regional Centro y luego como Gerente de Ventas, señaló que la demandante tuvo bajo rendimiento, que cada ejecutivo se evalúa frente a la productividad del equipo durante tres meses continuos, que las metas se fijan de acuerdo con los indicadores de la competencia y el objetivo de la compañía, que se tuvo cuenta la pandemia para la fijación de las metas y que no supo cuántos compañeros de la demandante fueron retirados por la misma causa; explicó las funciones que tenía la accionante, las herramientas que se le entregaron para facilitarle el cumplimiento de los objetivos durante el confinamiento por Covid-19 y que durante las vacaciones las metas se prorratean (*min. 01:09:00, archivo “11. 11001310503020200037600-20211008\_092249-Grabación de la reunión*).

Del testimonio de Fredy Sánchez Acosta, quien dijo haber laborado para la demandada hasta agosto de 2018, solo le consta que la meta para el año 2018 eran de 120 ventas, frente a los demás aspectos no tuvo conocimiento de forma directa, sino por información que recibió de terceros (*min. 01:40:14, archivo “11. 11001310503020200037600-20211008\_092249-Grabación de la reunión*).

Y Armando Jose Monsalve Rodríguez, Jefe de Inteligencia de Negocios de **EPS FAMISANAR SAS**, declaró que se vinculó a esa empresa desde junio de 2020 pero no supo cuando se retiró la demandante, si ella tuvo vacaciones, tampoco conoce las funciones de los ejecutivos comerciales, dijo que no estaba enterado de cómo era el seguimiento que se le hizo a la trabajadora, tan sólo puede dar fe de forma directa sobre las metas fijadas, los porcentajes de cumplimiento

en la gestión de la empleada frente al promedio del grupo comercial y de algunas herramientas que se le entregaron al área comercial para la consecución de los objetivos. Y a pesar de que fue enfático en señalar que a la demandante si se le entregó la política comercial de ventas en el año 2020, esa información no la obtuvo de forma directa, pues en el juicio está acreditado que ese documento le fue puesto en conocimiento a la trabajadora en febrero de 2020, mucho antes de que el testigo se vinculara a la compañía (*min. 01:58:22, archivo “11.11001310503020200037600-20211008\_092249-Grabación de la reunión*).

Con el anterior material probatorio relevante, debe reiterarse que **EPS FAMISANAR SAS** tenía la carga de acreditar en el juicio la causa justificativa de terminación del contrato, pero no todas aquellas que consideraran aplicables al caso, sino únicamente la que fue referida en la comunicación que le notificó a la accionante a la finalización de su vínculo contractual.

Como se indicó, la única causal alegada como infringida por **MARIA JANNETH SÁNCHEZ**, es la señalada en el numeral 9 del literal a) del artículo 62 del CST, que establece:

*“9. El deficiente rendimiento en el trabajo en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores análogas, cuando no se corrija en un plazo razonable a pesar del requerimiento del {empleador}.”*

De suerte que la redacción de la norma exige la concurrencia de tres supuestos. El primero, que se demuestre el rendimiento deficiente del trabajador; el segundo, que dicho rendimiento sea verificado en relación con el promedio de las labores análogas, es decir, frente al rendimiento de los demás compañeros que ejercen la misma función; y, por último, que el trabajador no corrija esa deficiencia a pesar de los requerimientos de su empleador. Y el incumplimiento de

cualquiera de ellas, desvirtúa la presencia de esta causal como justificativa de la terminación del contrato de trabajo.

Ahora, para dar aplicación a esa causal, el empleador debe ceñirse al procedimiento señalado en el artículo 2° del Decreto 1373 de 1966, compilado en el artículo 2.2.1.1.3. del Decreto 1072 de 2015 “Decreto Único Reglamentario del Sector Trabajo”, así:

*1. Requerirá al trabajador dos (2) veces, cuando menos, por escrito, mediando entre uno y otro requerimiento un lapso no inferior a ocho (8) días. 2. Si hechos los anteriores requerimientos el empleador considera que aún subsiste el deficiente rendimiento laboral del trabajador, presentará a éste un cuadro comparativo de rendimiento promedio en actividades análogas, a efecto de que el trabajador pueda presentar sus descargos por escrito dentro de los ocho (8) días siguientes; y 3. Si el empleador no quedare conforme con las justificaciones del trabajador, así se lo hará saber por escrito dentro de los ocho (8) días siguientes.*

En el asunto bajo estudio, luego de verificar la información que reposa en el expediente, la Sala no encuentra que **EPS FAMISANAR SAS** haya cumplido con este imperativo, lo que descarta los planteamientos expuestos en la alzada.

En efecto, si bien **EPS FAMISANAR SAS** acreditó que envió comunicaciones sobre la evaluación de la gestión para los periodos de mayo, junio y julio de 2020, en ninguna de ellas se le informó a la demandante sobre los porcentajes obtenidos por los compañeros de trabajo que estuvieran desempeñando su misma función (ejecutiva comercial) o por lo menos la media obtenida en ese mismo tiempo por el área comercial, que es la forma válida de obtener el *promedio en labores análogas*, que pudiera comparar su rendimiento en relación con el grupo al que pertenecía, pues tal circunstancia sólo se advirtió con el acta de descargos celebrada el 19 de agosto de 2020 donde se le puso en conocimiento los promedios del área comercial para los tres

periodos, y a partir de allí no se realizaron comunicaciones diferentes a la terminación del vínculo contractual.

Lo anterior resultaba relevante para dar aplicación a los criterios de igualdad y equidad que se desprenden de esta norma sustantiva, que evita que el empresario adopte medidas arbitrarias o selectivas en contra de determinadas personas o grupo de trabajadores. Para el presente caso, a la trabajadora demandante se le exigió el cumplimiento del 100% de las metas para mayo, 80% de metas para junio y 100% de metas para agosto de 2020, cuando tan sólo algunos de sus compañeros obtuvieron esos rendimientos.

A modo de ejemplo, si se tiene en cuenta la tabla que se le entregó a la demandante en el acta de descargos (pág. 87, *archivo “04. CONTESTACIÓN FAMISANAR 2020 376”*), de los 19 colaboradores que conformaban el grupo comercial, y que la demandante aceptó en el interrogatorio que cumplieran la misma función, sólo 3 compañeros tuvieron un rendimiento superior al 100% en la meta del mes de mayo para el producto PBS y 4 compañeros excedieron ese porcentaje para la venta del producto PAC; el promedio grupal en ese periodo fue de 48.7% para el primer producto y el 44.7% para el segundo, y la accionante obtuvo 28.3% y 9.1%, respectivamente. Situación similar ocurrió para el periodo de junio de 2020, donde 3 compañeros de trabajo superaron la meta exigida en el producto PBS y PAC; y en julio de 2020, 4 compañeros de trabajo obtuvieron más del 100% en la venta del producto PBS y 6 alcanzaron ese porcentaje para el producto PAC.

Otro aspecto que destaca la Sala es que a pesar de que se dijo, no sólo por parte de los testigos solicitados por la demandada, sino el mismo apoderado judicial en la apelación, que el sector de las EPSs fue uno de los que más creció en la época de la pandemia, las cifras de ventas reportadas por el grupo comercial no reflejan esa bonanza económica. Lo anterior, por cuanto si se revisan otros indicadores del reporte en mención, para el mes de mayo de 2020 el 63% de

trabajadores tuvo un rendimiento inferior al promedio del grupo de trabajadores para la venta del producto PBS y un 68% no superó la media generada para la venta del producto PAC. Para julio de 2020 se mantuvo la tendencia baja de ventas, puesto que 13 trabajadores no alcanzaron ni el promedio de negocios para el producto PBS ni el promedio para el producto PAC.

Siendo ello así, la tendencia de ventas no fue un asunto que afectó únicamente a la demandante, sino a la mayoría del grupo comercial, posiblemente por un sector impactado por las consecuencias generadas por el Covid-19, como se lo hizo saber la demandante a la empresa en diferentes oportunidades. Por tanto, el deficiente rendimiento de la trabajadora pudo haberse generado por factores externos que no fueron valorados por la empresa al momento de calificar la conducta, que en determinado caso hubiera podido modificar la decisión de la compañía, más aún cuando no se demostró en este juicio cuáles eran esos indicadores de producción que traía la empleada en meses anteriores a la pandemia, para tener certeza que efectivamente correspondía a una baja capacidad en el desempeño de sus funciones.

Además, tampoco en las comunicaciones de junio, julio y agosto de 2020, que evaluaron la productividad de la demandante para mayo, junio y julio de 2020, respectivamente, se le concedió el término razonable para que corrigiera ese rendimiento, en la forma señalada por el legislador. Y resulta paradójico que, pese que en las anteriores comunicaciones se le exigiera el 80% o 100% del cumplimiento de la meta en la venta de los dos segmentos (PBS y PAC), en el acta de descargos se le advirtiera que se encontraba, además, por debajo del rendimiento promedio respecto al grupo comercial, cuando ni siquiera en las anteriores comunicaciones se le indicó que debía, por lo menos, superar esa barrera o ponerle en conocimiento, como lo exige la norma, su situación frente a los demás compañeros de trabajo.

Ahora, para evitar decisiones subjetivas, selectivas y con abuso de poder, el empleador debió demostrar, junto con los presupuestos que exige la norma, si usó el mismo criterio para aquellos trabajadores que no superaron el promedio de ventas del grupo comercial, pues al no acreditarse los requisitos mínimos de la causal objeto de estudio, deviene que era intención del empleador no contar con los servicios de la demandante.

Siendo ello así, para la Sala la demandada no demostró en este juicio la correcta aplicación de la causal contenida en el numeral 9 del literal a) del artículo 62 del CST, para tener por válida la terminación del contrato de trabajo de **MARIA JANNETH SÁNCHEZ**, razón por la cual fue acertada la decisión de primera instancia en este aspecto.

Y al estar vigente un conflicto colectivo entre el SINDICATO NACIONAL DE TRABAJADORES DE FAMISANAR EPS CAFAM-COLSUBSIDIO “SINTRAFAMISANAR” y la **EPS FAMISANAR SAS**, al momento en que se le terminó el contrato de trabajo de **MARIA JANNETH SÁNCHEZ**, situación que no fue objeto de controversia, tanto en su existencia como en la extensión a la demandante, la consecuencia jurídica aplicable es la contenida en el artículo 25 del Decreto 2351 de 1965, esto es, el reintegro de la trabajadora a su mismo cargo, junto con el reconocimiento de las acreencias laborales, en la forma dispuesta por el *a quo*.

Por otra parte, la Sala rechaza el argumento del apelante en cuanto al supuesto desconocimiento del precedente horizontal emanado de despachos de la misma categoría del juzgador de primera instancia, por cuanto el precedente vinculante es el que emana de las decisiones judiciales de los órganos de cierre jurisdiccional (CC C-621 de 2015) y, además, el Juez debe respetar es el criterio adoptado por el mismo despacho en casos análogos, salvo que se aparté de él, en virtud del artículo 7° del CGP, lo que descarta que para sus decisiones deba estar sometido a los criterios que apliquen otros jueces del mismo nivel jerárquico.

Y finalmente, frente a la inconformidad del apoderado de **EPS FAMISANAR SAS** en cuanto al valor de las costas señaladas por el *a quo*, por considerarlas que son “*exorbitantes y absurdas*”, se advierte que el monto que se fije en cualquiera de las instancias sólo puede controvertirse mediante los recursos de reposición y apelación contra el auto que apruebe la liquidación de costas (art. 365 del CGP). Con todo, el artículo 365 del CGP, aplicable al procedimiento laboral en virtud del artículo 145 del CPT y SS, establece que la parte vencida en el proceso será condenada en costas procesales, tal y como ocurre en el presente asunto donde no prosperó la teoría del caso planteada por la parte pasiva.

Sin costas en esta instancia.

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

### RESUELVE

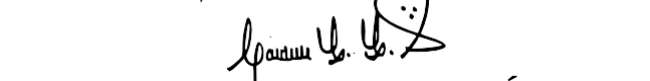
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No.31 2020 00098 01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá procede a resolver los recursos de apelación interpuestos por las partes contra la sentencia del 21 de julio de 2022 proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, que condenó a la demandada al reconocimiento y pago de la pensión sanción en cuantía de un SMLMV a partir del 05 de mayo de 2019, junto con el retroactivo indexado y costas procesales (*min. 13:53 archivo “Archivo 037. Audiencia Proceso Ordinario 11001310503120200009800-20220721\_124129-Grabación de la reunión”*).

**I. ANTECEDENTES**

**DEMANDA**

**BELISARIO COY DIAZ** llamó a juicio al **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP** con el fin de que se condene a esta entidad al reconocimiento y pago de la pensión sanción a partir del cumplimiento de 60 años, indexación del IBC, retroactivo, reajustes y costas procesales.

Fundamentó sus pretensiones en que nació el 05 de mayo de 1959, prestó servicios como obrero a la Empresa Distrital de Servicios EDIS de Bogotá, mediante contrato de trabajo desde el 25 de enero de

1983 hasta 20 de junio de 1994, cuando fue despedido de forma unilateral y sin justa causa; que al momento del despido no estaba afiliado al Sistema General de Pensiones, el cual entró a regir en las entidades descentralizadas de Bogotá el 30 de junio de 1995, en virtud del Decreto 348 de 1995; que presentó reclamación administrativa el 20 de noviembre de 2019, la cual fue negada por el **FONCEP** en respuesta del 11 de diciembre siguiente (*pág. 5 a 27, archivo “001. 11001310503120200009800 Expediente Completo2”*).

## CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP** se opuso a las pretensiones. Aceptó el vínculo laboral del demandante con la EDIS, el tipo de contrato, el extremo inicial, el cargo, la liquidación de la EDIS y la asunción de las obligaciones por parte de Bogotá D.C., la fecha de nacimiento del actor, la presentación de la reclamación administrativa y su respuesta. Expresó que los demás hechos no eran ciertos y formuló como previa la excepción de cosa juzgada y como de fondo las excepciones de *inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido a la pretensión de pensión sanción*, improcedencia de los intereses moratorios pretendidos, prescripción de las mesadas pensionales, prescripción de los factores salariales y la innominada o genérica (*pág. 2 a 12, archivo “004. Contestación”*).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(*Min. 13:53 archivo “Archivo 037. Audiencia Proceso Ord...”*)

El 21 de julio de 2022, el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

**“CONDENAR** a la demandada FONCEP a reconocer y pagar al demandante pensión sanción en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente, a partir del 5 de mayo del año 2019, por catorce (14) mesadas pensionales al año. **CONDENAR** a la demandada FONCEP a reconocer y pagar al demandante por concepto de retroactivo pensional, liquidado entre el 5 de mayo del año 2019 al día 30 de julio del año 2022, la suma de \$41'179.350. **CONDENAR** a la demandada FONCEP a reconocer y pagar al demandante la suma de 41'179.350 pesos debidamente indexada. **CONDENAR** a la demandada FONCEP al pago de

*costas y agencias en derecho en cuantía de medio salario mínimo legal mensual vigente. Como quiera que el resultado la presente sentencia fue adverso a los intereses de FONCEP, dada la naturaleza jurídica del fondo de prestaciones económicas, cesantías y pensiones FONCEP, se concede el grado jurisdiccional de consulta en el evento de que la sentencia no sea apelada.”*

El Juzgado estableció como problema jurídico determinar si el demandante tenía derecho al reconocimiento y pago de la pensión sanción.

Para resolver la Juez indicó que de conformidad con el artículo 8° de la Ley 171 de 1961, y la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, el derecho a la pensión se configura al momento del despido siempre y cuando el trabajador haya cumplido el tiempo de servicio requerido, siendo la edad solo un requisito para su disfrute, pero no de su causación; que con las pruebas aportadas al plenario el demandante acredita el tiempo de servicio y que su contrato de trabajo fue terminado sin justa causa, además que cumplió los 60 años en el año 2019, por lo que concluyó que es beneficiario de esta pensión en cuantía de Un (1) SMLMV a partir del 5 de mayo de 2019, por 14 mesadas pensionales, junto con el retroactivo debidamente indexado.

### III. RECURSOS DE APELACIÓN

El apoderado de la parte **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación frente a la indexación. Considera que una cosa es indexar el retroactivo y otra muy diferente la indexación de cada una de las mesadas al momento del pago de manera separada, por lo que la forma ordenada en la sentencia no corresponde a la aplicación de este concepto (*min. 15:40 archivo “Archivo 037. Audiencia Proceso Ordinario 11001310503120200009800-20220721\_124129-Grabación de la reunión”*).

La apoderada del **FONCEP** presentó recurso de apelación con el fin de que se revoque la sentencia en su integridad. Adujo que la terminación del contrato de trabajo del demandante se dio en cumplimiento del decreto expedido por la Alcaldía Mayor de Bogotá,

que obedece a una justa causa, por lo que no se cumplen los requisitos del artículo 8° de la Ley 171 de 1961; que, en todo caso, al momento de la terminación del contrato el actor no tenía cumplidos los 60 años de edad; además, que los factores salariales a tener en cuenta son los contemplados en la Ley 62 de 1985, por lo que el salario promedio no sería de \$194.108, como lo indicó el despacho, sino de \$162.320; que no está conforme con el pago del retroactivo indexado dado que en el mismo no se observa que se hayan descontados los aportes por salud (*min. 16:40 archivo "Archivo 037. Audiencia Proceso Ordinario 11001310503120200009800-20220721\_124129-Grabación de la reunión"*).

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA**

Durante el término del traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada del **FONCEP** solicita se revoque la sentencia, reiterando los argumentos expuestos en la alzada.

Por su parte, el apoderado del demandante solicita se modifique la condena, para que el valor de la indexación respecto del retroactivo pensional causado y no percibido, sea reconocido de manera separada para cada mesada pensional.

#### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

Le corresponde a la Sala determinar si el demandante cumple los requisitos para ser beneficiario de la pensión restringida de jubilación prevista en la Ley 171 de 1961, la procedencia de la indexación de las mesadas y los descuentos por aportes en salud.

## VII. CONSIDERACIONES

No se encuentra en controversia los siguientes supuestos fácticos: **i) BELISARIO COY DIAZ** nació el 05 de mayo de 1959 (*aceptado por la demandada en la contestación y se acredita con el documento obrante en la pág. 41, archivo “006. SUBSANACION”*); **ii)** y laboró como trabajador oficial al servicio de la extinta EDIS mediante contrato de trabajo desde el 25 de enero de 1983 hasta el 20 de junio de 1994, fecha en la cual su vinculación finalizó por la liquidación de la empresa (*pág.47 a 87, archivo “001. 11001310503120200009800 Expediente Completo”*).

### - **Sobre la pensión restringida de jubilación pensión sanción**

El artículo 8° de la Ley 171 de 1961, determinó que el trabajador que sea despedido de una empresa, luego de haber laborado para la misma o para sus sucursales o subsidiarias durante más de diez (10) años y menos de quince (15) años, continuos o discontinuos anteriores o posteriores a la vigencia de la esa ley, tendrá derecho a que la empresa lo pensione desde la fecha de su despido, si para entonces tiene cumplidos sesenta (60) años de edad, o desde la fecha en que cumpla esa edad con posterioridad al despido.

Respecto a la vigencia de la Ley 171 de 1961, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que se aplica siempre y cuando los trabajadores oficiales hayan causado su derecho con anterioridad a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, cuando acrediten el tiempo de servicios y el retiro de la entidad, por despido o renuncia voluntaria, siendo el requisito de edad simplemente de exigibilidad para su pago, criterio reiterado en las sentencias SL SL4578-2014, SL15025-2017, SL526-2018, SL3508-2019 y SL3890-2020, entre otras.

En cuanto a los ex trabajadores oficiales de la extinta EDIS, despedidos con ocasión de la liquidación de dicha Empresa, se tiene

que si bien dicha circunstancia esta consignada en el literal f) del artículo 47 del Decreto 2127 de 1945 como una causa legal para terminar el contrato de trabajo, la misma no se equipara a una justa causa, por cuanto no fue consagrada en el artículo 48 *ibídem*, siendo por tanto injusta toda finalización del contrato con ocasión de esa liquidación, así lo ha dispuesto a la H. CSJ al estudiar casos referidos a la extinción de contratos de trabajos con ocasión de la liquidación de entidades públicas (SL579-2014, SL649-2016, SL603 de 2017, SL021-2018 y SL4538-2018, entre otras).

### **CASO CONCRETO**

En la sentencia recurrida se declaró que el demandante causó el derecho al disfrute de la pensión sanción del artículo 8° de la Ley 171 de 1961, prestación cuyo disfrute se reconoció a partir del 05 de mayo de 2019.

La apoderada de la demandada impugnó la anterior decisión, por cuanto señaló que la finalización del contrato de trabajo del actor fue con justa causa, con ocasión de la liquidación de la EDIS, y que para la fecha del retiro no había cumplido los 60 años de edad.

Para resolver los recursos, se precisa que por regla general la pensión establecida en el artículo 8° de la Ley 171 de 1961 conservó su vigencia hasta el momento en el cual entró en vigencia la Ley 100 de 1993, esto fue, 1° de abril de 1994. Sin embargo, para los servidores públicos del nivel departamental, distrital y municipal, el artículo 151 de la misma Ley postergó el inicio del Sistema General de Pensiones a más tardar el 30 de junio de 1.995, en la fecha que así lo determine la respectiva autoridad gubernamental. Para el caso de los trabajadores del Distrito Capital, lo fue a partir de esta última fecha en virtud de lo establecido en el Decreto 348 de 1995<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Artículo 1°.- Vigencia del Sistema General de Pensiones. Para los servidores públicos del Distrito Capital, el Sistema General de Pensiones previsto en la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios, entra e regir el 30 de junio de 1995

Siendo ello así, la Sala rechazará las inconformidades presentadas por el FONCEP, relativas a la justa causa de terminación del contrato, por cuanto de conformidad con la jurisprudencia de la H. Sala de Casación Laboral de la CSJ la terminación del contrato de trabajo del actor con ocasión de la liquidación de la extinta EDIS, si bien es legal, es injusta, motivo por el cual se configuró el despido exigido por la Ley 171 de 1961 para causar la pensión de jubilación restringida. Adicionalmente, en múltiples pronunciamientos la misma Corporación, como se indicó precedentemente, ha advertido que la edad no es un requisito de causación de la prestación, sino de su disfrute.

En efecto, al estar acreditado en el expediente que **BELISARIO COY DIAZ** prestó sus servicios como trabajador oficial a favor de la EMPRESA DISTRITAL DE SERVICIOS PÚBLICOS - EDIS, empresa perteneciente a Bogotá D.C., desde el 25 de enero de 1983 y el 20 de junio de 1994 (10 años, 4 meses, 25 días), fecha anterior a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones para los empleados del Distrito Capital, y su terminación se produjo en virtud de la supresión de la entidad, según quedó consignado en la Resolución 2102 de 10 de junio de 1994 (*pág. 42, archivo “001. 11001310503120200009800 Expediente Completo”*), es decir, si bien es una causa legal la misma deviene injusta, razón por la cual se concluye que el demandante cumple los presupuestos exigidos para causar la prestación pensional reclamada a partir de los 60 años de edad, en la forma reconocida en primera instancia, motivo por el cual se confirmará en este aspecto la decisión.

Frente a los factores salariales a tener en cuenta para liquidar la prestación, alegado por la pasiva, es un tema irrelevante de estudio en la medida en que la pensión reconocida lo fue sobre un salario mínimo legal mensual vigente, aspecto que no fue objetado por la parte demandante y, en todo caso, no se puede reconocer la mesada por un valor inferior.

Ahora, atendiendo a que aún se desconoce la fecha en que **FONCEP** pagará el retroactivo pensional, no es viable su liquidación, por lo que se modificará el fallo impugnado. Igualmente, y respecto de la inconformidad de la parte actora, considera la Sala que las mesadas pensionales deben indexarse una a una de acuerdo con el IPC vigente a la de fecha de su causación y el vigente a la fecha de su pago efectivo, para efectos de contrarrestar la pérdida del poder adquisitivo del dinero por el transcurrir del tiempo. Admitir la indexación del monto del retroactivo en la forma dispuesta por el *a quo*, conllevaría a menguar por lo menos en tres años el valor de las mesadas pensionales.

Y finalmente, le asiste razón a la apoderada del **FONCEP** en cuanto al pago de aportes a salud, razón suficiente para adicionar la sentencia de primera instancia en el sentido de autorizar a esa entidad para que del retroactivo adeudado descuente el porcentaje de cotización que corresponda, con destino al sistema de seguridad social en salud, conforme los artículos 143 de la Ley 100 de 1993 y 42 del Decreto 692 de 1994, tal y como ha señalado la H. CSJ en las sentencias SL2557-2020, y SL5181 de 2020, entre otras.

Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE:**

**PRIMERO: MODIFICAR** la sentencia de primera instancia en el sentido de **CONDENAR** al **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP** a pagar a **BELISARIO COY DIAZ** el retroactivo pensional adeudado por las mesadas pensionales causadas desde el 05 de mayo de 2019 y hasta cuando se haga efectivo el pago de la prestación económica y su inclusión en nómina, las cuales deberán indexarse mes a mes, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

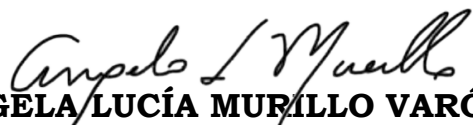
**SEGUNDO: ADICIONAR** la sentencia de primera instancia en el sentido de autorizar al **FONDO DE PRESTACIONES ECONÓMICAS CESANTÍAS Y PENSIONES – FONCEP** a descontar del retroactivo pensional el valor de los aportes al sistema de seguridad social en salud a cargo del pensionado, conforme lo expuesto en la parte considerativa de esta providencia.

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

**CUARTO: SIN COSTAS** en segunda instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado No. 32-2018-00721-02**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión de la Sala Laboral del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá a resolver el recurso de apelación interpuesto por la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP**, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor, contra la sentencia del 14 de julio de 2022 proferida por el Juzgado Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante la cual declaró que **TERESA DE JESÚS RODRÍGUEZ DE CHICA** y **MARÍA DEL SAGRARIO GONZÁLEZ POSSO** son beneficiarias de la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento del pensionado **CARLOS NUBIO CHICA VARGAS** (q.e.p.d.) en un porcentaje del 57.59 para la primera y un 42.41% para la segunda, retroactivo en favor de la cónyuge a partir del 15 de junio de 2015 y en favor de compañera permanente a partir de la fecha en que se le suspendió la mesada pensional, autorizó descontar los aportes en salud y compensar los valores adicionales pagados a **MARÍA DEL SAGRARIO GONZÁLEZ POSSO** desde el 15 de junio de 2015 y hasta cuando le fue suspendida la mesada pensional, declaró probada parcialmente la excepción de prescripción, absolvió a la **UGPP** de las demás pretensiones y se abstuvo de condenar en costas (*min. 01:02:28, archivo “27AudienciaTramiteJuzgamiento14Julio... (2Parte)”*)

## I. ANTECEDENTES

### DEMANDA

**TERESA DE JESÚS RODRÍGUEZ DE CHICA** llamó a juicio a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP** y a **MARÍA DEL SAGRARIO GONZALEZ POSSO** para que se le reconozca y pague la pensión de sobrevivientes, en su calidad de cónyuge, y se comparta la prestación con **MARIA DEL SAGRARIO GONZALEZ POSSO** con ocasión del fallecimiento del pensionado **CARLOS NUBIO CHICA VARGAS** (q.e.p.d.), en cuantía del 50% a partir del 21 de junio de 2010, retroactivo pensional, intereses moratorios, costas procesales y condenas ultra y extra *petita*.

Fundamentó sus pretensiones en que **CARLOS NUBIO CHICA VARGAS** (q.e.p.d.) fue pensionado mediante Resolución No.6165 del 08 de octubre de 2013 (*sic*), que contrajo matrimonio con el pensionando el 08 de julio de 1965 y nunca se divorciaron; que el 15 de junio de 2018, le solicitó a la **UGPP** el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, la cual le fue negada mediante Resolución RDP027637 del 11 de julio de 2018, pero no presentó recurso de apelación por cuanto ya la pensión había sido otorgada indebidamente a la compañera permanente en un 100%; y finalmente, que procreó cinco hijos con el pensionado, con quien convivió durante 16 años (*pág. 5 a 9, archivo “110013103220180072100\_C001”*).

### CONTESTACIÓN DEMANDA

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL-UGPP** se opuso a las pretensiones. Aceptó la calidad de pensionado de **CARLOS NUBIO CHICA VARGAS** (q.e.p.d.) indicando que su reconocimiento se realizó mediante Resolución No. 6165 del 08 de octubre de 2003, la negativa a la pensión de sobrevivientes y la no interposición del recurso de apelación. Expresó que los demás hechos no eran ciertos o no le constaban y formuló

como excepciones previas las excepciones de *falta de competencia* y falta de agotamiento de la reclamación administrativa no haberse ordenado la citación de otras personas que la Ley dispone citar y como excepciones de mérito las de *improcedencia de los intereses de mora*, reajustes, indexación y costas procesales, inexistencia de la obligación, calidad de cónyuge de la señora Marisol Laurin Salazar (sic), buena fe, prescripción, la innominada o genérica, falta de competencia y falta de agotamiento de la vía administrativa (pág. 73 a 86, archivo “110013103220180072100\_C001”).

**MARÍA DEL SAGRARIO GONZÁLEZ POSSO** se opuso a las pretensiones de la demanda. Aceptó la calidad de pensionado del causante, el vínculo matrimonial y la solicitud presentada por la demandante, expresó que los demás hechos no eran ciertos y formuló las excepciones de *prescripción* y cobro de lo no debido (pág. 109 a 116, archivo “110013103220180072100\_C001”).

**JULIANA CHICA GONZÁLEZ** fue vinculada al proceso en providencia emitida en audiencia el 25 de agosto de 2021 (min. 11:53, archivo “08AudienciaProcesoOrdinario”), al contestar la demanda se opuso a las pretensiones. Aceptó la calidad de pensionado del causante, el vínculo matrimonial y la solicitud presentada por **TERESA DE JESÚS RODRÍGUEZ**. Expresó que los demás hechos no eran ciertos y formuló las excepciones de *prescripción* y cobro de lo no debido (pág. 2 a 12, archivo “11ContestacionDemandaLitisJulianaChica”)

### **DEMANDA DE RECONVENCIÓN**

La **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL- UGPP** presentó demanda de reconvención en contra de **MARÍA DEL SAGRARIO GONZÁLEZ POSSO** (pág. 67 a 72 archivo “110013103220180072100\_C001”). Sin embargo, dicha demanda fue rechazada mediante auto del 04 de junio de 2019 (pág. 134, archivo “110013103220180072100\_C001”), decisión confirmada

por este Tribunal en providencia del 23 de octubre de 2019 (pág. 152 a 156, archivo “110013103220180072100\_C001”).

## II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

(Min. 01:02:28 archivo 27AudienciaTramite... (2Parte))

El 14 de julio de 2022, el Juzgado Treinta y dos (32) Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

**(...) PRIMERO:** DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción, declarar probada la excepción de improcedencia de los intereses de mora y no probadas las demás excepciones formuladas, conforme las consideraciones expuestas. **SEGUNDO:** DECLARAR que la demandante TERESA DE JESÚS RODRÍGUEZ DE CHICA y la vinculada MARÍA DEL SAGRARIO GONZÁLEZ POSSO tienen derecho al reconocimiento y pago de la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento del señor CARLOS NUBIO CHICA VARGAS, en proporción del 57.59% para la primera de ellas y del 42.41% para la segunda. **TERCERO:** CONDENAR a la UGPP a pagar a la señora TERESA DE JESÚS RODRÍGUEZ DE CHICA el retroactivo pensional causado desde el 15 de junio de 2015 hasta cuando sea incluida en nómina de pensionados, retroactivo del cual se autoriza descontar los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud que corresponda. **CUARTO:** CONDENAR a la UGPP a pagar a la vinculada MARÍA DEL SAGRARIO GONZÁLEZ POSSO el retroactivo pensional causado desde la fecha en la que le fue suspendida la pensión de sobrevivientes hasta cuando sea incluida nuevamente nómina de pensionados, retroactivo del cual se autoriza a compensar los valores que hayan sido cancelados de más entre el 15 de junio de 2015 y la fecha en la que le fue suspendida la pensión de sobrevivientes. Así como también se autoriza descontar lo correspondiente a los aportes al Sistema de Seguridad Social en Salud que le correspondan a la pensionada. **QUINTO:** ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra. **SEXTO:** SIN COSTAS en la presente actuación (...)

El Juzgado fijó como problema jurídico determinar quiénes eran beneficiarias de la pensión de sobrevivientes con ocasión al fallecimiento de CARLOS NUBIO CHICA VARGAS (q.e.p.d.) y en caso afirmativo si procedía el pago del retroactivo e intereses moratorios.

Para resolver el Juez indicó que el causante falleció el 21 de junio de 2010, ostentando la condición de pensionado; sobre las pruebas documentales y testimoniales indicó que se logró establecer que **MARÍA DEL SAGRARIO GONZÁLEZ** convivió con el causante

desde 01 de agosto de 1998 al 21 de junio de 2010, en calidad de compañera permanente, por lo que acredita la calidad de beneficiaria. Frente a **TERESA DE JESÚS RODRÍGUEZ** señaló que se encuentra acreditado que contrajo matrimonio con el pensionado el 08 de julio de 1965, en el escrito de demanda se refiere una convivencia por espacio de 16 años aproximadamente hasta el año 1981 y ello coincide con la fecha que refirió el testigo Julián Chica, de igual manera en el expediente administrativo la cónyuge manifestó haber convivido con el causante desde el 08 de julio de 1965 hasta septiembre de 1981, los cónyuges procrearon 5 hijos entre 1968 a 1976, si bien los hijos no son prueba de la convivencia, es dable inferir razonablemente que hubo convivencia hasta el nacimiento del último de los hijos, por lo anterior estableció los extremos de convivencia entre el 08 de julio de 1965 y el 01 de septiembre de 1981, por lo que encontró acreditada la calidad de beneficiaria de la pensión de la demandante en calidad de cónyuge sobreviviente.

Por lo tanto, determinó que los porcentajes de la pensión de sobrevivientes debían fijarse en un 57.59% para la cónyuge y un 42.41% para la compañera permanente. Sobre el derecho de **JULIANA CHICA** indicó que la mayoría de edad la completó el 06 de junio de 2020, y si bien se allegaron unos documentos, el estudio que realiza JULIANA es un programa sin título universitario y de las demás pruebas documentales aportadas no se logra establecer la calidad de estudiante, por lo que consideró que no hay lugar a extender el derecho pensional hasta los 25 años, sin perjuicio de que pueda acreditar ante la UGPP esa calidad.

Finalmente, respecto del retroactivo pensional, señaló que TERESA DE JESÚS tiene derecho al pago de la prestación a partir del 15 de junio de 2015 y MARÍA DEL SAGRARIO a partir de la fecha en que le fue suspendido el pago de la mesada pensional, autorizando a la UGPP descontar y/o compensar del retroactivo pensional los valores pagados a la compañera permanente.

### III. RECURSO DE APELACIÓN

La apoderada de la **UGPP** presentó recurso de apelación contra la sentencia de primera instancia. Como sustento de la alzada manifestó que la UGPP no discute el vínculo matrimonial entre la demandante y el causante, pero que de las pruebas obrantes en el expediente administrativo y las allegadas al trámite judicial no se logra demostrar el requisito de la convivencia continua e ininterrumpida de 5 años anteriores al fallecimiento, lo anterior en sustento de la sentencia SL 1399 de 2018 en la cual se dispuso que tratándose de conflictos entre posible beneficiarias la convivencia debe verificarse en los últimos 5 años anteriores al fallecimiento, y según el informe investigativo de seguridad No. 742 de 2011 se señaló que después de la unión que tuvo el causante con **TERESA DE JESÚS RODRÍGUEZ** tuvo una relación con GLORIA CEDEÑO con la cual procreó dos hijos en el periodo de 1995 a 1998 y posteriormente con otra señora con la cual nació otro hijo y luego con **MARÍA DEL SAGRARIO** desde 1998 hasta el año 2010, unión de la cual nació **JULIANA CHICA**, situación que a su juicio impide el reconocimiento y pago de la pensión en favor de la demandante como quiera que no logró demostrar convivencia en los últimos 5 años anteriores al fallecimiento.

### IV. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

### V. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de la **UGPP** presentó escrito de alegatos de conclusión solicitando la revocatoria del fallo impugnado

reiterando los argumentos expuestos en el recurso. Las demás partes no presentaron escrito de intervención en esta etapa.

## **VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

Verificados los presupuestos procesales y la ausencia de causales de nulidad para declarar, la Sala conforme lo disponen los artículos 66<sup>a</sup> y 69 CPTSS, procede a estudiar los aspectos planteados en el recurso de apelación propuesto por la UGPP, así como el grado jurisdiccional de consulta a su favor.

## **VII. PROBLEMA JURÍDICO**

Le corresponde a la Sala determinar si **TERESA DE JESÚS RODRÍGUEZ DE CHICA y MARÍA DEL SAGRARIO GONZÁLEZ POSSO** acreditan la calidad de beneficiarias de la pensión de sobrevivientes por la muerte del pensionado CARLOS NUBIO CHICA VARGAS (q.e.p.d.), la procedencia del reconocimiento y pago del retroactivo pensional, así como el número de mesadas pensionales.

## **VIII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no hay controversia de que: **i)** CAJANAL mediante Resolución No.6165 del 08 de octubre de 2003 le reconoció pensión de vejez a CARLOS NUBIO CHICA VARGAS (q.e.p.d.) en cuantía inicial de \$304.121,68 a partir del 03 de agosto de 1999 (*pág. 98 a 106, archivo “110013103220180072100\_C001”*); **ii)** CARLOS NUBIO CHICA VARGAS (q.e.p.d.) falleció el 21 de junio de 2010 (*pág. 10, archivo “110013103220180072100\_C001”*); **iii)** CAJANAL en Resolución UGM025896 del 13 de enero de 2012 le reconoció pensión de sobrevivientes en un 50% a favor de **MARÍA DEL SAGRARIO GONZÁLEZ POSSO**, en calidad de compañera permanente, y un 50% para **JULIANA CHICA GONZÁLEZ** en calidad de hija menor (*pág. 94 a 97, archivo “110013103220180072100\_C001”*); **iv)** **TERESA DE JESÚS RODRÍGUEZ DE CHICA** y CARLOS NUBIO CHICA VARGAS (q.e.p.d.) contrajeron matrimonio el 08 de julio de 1965 (*pág. 11, archivo “110013103220180072100\_C001”*); **v)** **JULIANA CHICA GONZÁLEZ** es

hija del causante y nació el 06 de junio de 2002 (*pág. 14, archivo “11ContestacionDemandaLitisJulianaChica”*); **vi) TERESA DE JESÚS RODRÍGUEZ DE CHICA** le solicitó a la **UGPP** el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes el 15 de junio de 2018, entidad que a través de la Resolución RDP027637 del 11 de julio de 2018 le negó la prestación y suspendió el pago de la mesada pensional a favor de **MARÍA DEL SAGRARIO GONZÁLEZ POSSO** (*pág. 17 a 21, archivo “110013103220180072100\_C001”*).

- **De la pensión de sobrevivientes.**

Para resolver la controversia que plantea el caso bajo estudio, conviene precisar que para las pensiones de sobrevivientes la norma que aplica a la situación pensional es la vigente al momento del fallecimiento del causante, y consecuentemente los factores o supuestos fácticos que determinan su aplicación son aquellos en que se encontraba el afiliado o pensionado fallecido para ese momento. Al efecto, ha sido pacífico y reiterado el criterio de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema Justicia en este sentido (SL1357 de 2022, SL1604 de 2022, entre otras).

Teniendo en cuenta lo anterior y dado que el pensionado CARLOS NUBIO CHICA VARGAS (q.e.p.d.) falleció el 21 de junio de 2010, la norma que regula el derecho pensional que se reclama en este proceso es el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, disposición legal que establece como beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, en forma vitalicia, al cónyuge o compañero permanente supérstite del pensionado, si acreditan haber hecho vida marital con el causante hasta su muerte y han convivido con él por un período no inferior a cinco años anteriores al deceso, así como los hijos menores y mayores de 18 años y hasta los 25 años, incapacitados para trabajar por razón de sus estudios y si dependían económicamente del causante al momento de su muerte, siempre y cuando acrediten debidamente su condición de estudiantes.

Al respecto, el máximo órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria sostiene que el cónyuge puede acreditar dicho periodo en

cualquier tiempo, siempre y cuando permanezca vigente el vínculo matrimonial, mientras que el compañero permanente debe acreditarlo en los años inmediatamente anteriores al deceso (SL1399 de 2018, SL3747 de 2018, SL4810 de 2019, SL229 de 2020, SL362 de 2021, SL3251 de 2021, SL997 de 2022, SL2257 de 2022, entre otras).

Sobre este último aspecto, resulta pertinente indicar que el inciso final del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003 establece:

*“(...) Si no existe convivencia simultánea y se mantiene vigente la unión conyugal, pero hay una separación de hecho, la compañera o compañero permanente podrá reclamar una cuota parte de lo correspondiente al literal a en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante siempre y cuando haya sido superior a los últimos cinco años antes del fallecimiento del causante. La otra cuota parte le corresponderá a la cónyuge con la cual existe la sociedad conyugal vigente (...)”.*

Para fijar el alcance de la precitada disposición, es indispensable acudir a la sentencia C-515 del 30 de octubre de 2019, donde la H. Corte Constitucional al realizar el estudio de constitucionalidad de un aparte del literal b) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la Ley 797 de 2003, consideró que en aquellos casos en que no existe convivencia simultánea, para que el cónyuge separado de hecho tenga la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes, debe tener sociedad conyugal vigente. Sobre el particular la Corte consideró:

*“(...) En tercer lugar la condición acusada de inconstitucional contenida en la norma bajo estudio es determinante para verificar la calidad de beneficiario respecto del causante, no solo desde la perspectiva del régimen pensional sino también en consideración a los efectos que produce la disolución de la sociedad conyugal. En este punto, el artículo 1781 del Código Civil establece que mientras que la comunidad de bienes subsista, y a falta de capitulaciones, el haber social se entiende conformado por los bienes establecidos en el*

*mencionado artículo. La sociedad conyugal se integra por dos tipos de haberes: el haber absoluto y el haber relativo. Los bienes del haber absoluto incluyen las “pensiones” (numeral 2° del artículo 1781), así como todos los salarios, honorarios, prestaciones sociales, utilidades, remuneraciones, indemnizaciones y, en general, todos aquellos otros dineros derivados del trabajo o de las actividades productivas (numeral 1° del mencionado artículo). Luego, cuando la sociedad conyugal se disuelve, los haberes del pensionado o del afiliado dejan de ser parte de la masa patrimonial, razón por la que se extingue el derecho para sustituir al causante respecto de su pensión o cesa la expectativa de recibir una eventual prestación pensional, según corresponda. Por ello, no es posible que, en materia de acceso a la pensión de sobrevivientes, el cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal disuelta esté en el mismo plano jurídico y fáctico que el cónyuge separado de hecho con sociedad conyugal vigente (...). ”.*

En los términos de la norma y jurisprudencia referidas, en aquellos casos en que no existe convivencia simultánea, el cónyuge separado de hecho, solo puede tener la condición de beneficiario de la pensión de sobrevivientes cuando la sociedad conyugal se encuentra vigente.

### **CASO CONCRETO**

Revisadas las pruebas aportadas al expediente y recaudadas en el juicio, no se encuentra en discusión que CARLOS NUBIO CHICA VARGAS (q.e.p.d.) fue pensionado por CAJANAL mediante Resolución No. 6165 del 08 de octubre de 2003, en cuantía inicial de \$ 304.121,68 a partir del 03 de agosto de 1999 (*pág. 98 a 106 archivo “110013103220180072100\_C001”*) y que falleció el 21 de junio de 2010 (*pág. 10 archivo “110013103220180072100\_C001”*) en vigencia de los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, es decir, dejó causado el derecho a la sustitución pensional en favor de sus beneficiarios.

Por lo tanto, la Sala centrará su estudio en determinar quiénes acreditan la calidad de beneficiarios de la referida prestación, advirtiendo que no fue objeto de apelación la negativa de

reconocimiento de la prestación a favor de **JULIANA CHICA GONZÁLEZ**, así:

**TERESA DE JESUS RODRIGUEZ DE CHICA** contrajo matrimonio con CARLOS NUBIO CHICA VARGAS (q.e.p.d.) el 08 de julio de 1965 (*pág. 11, archivo “110013103220180072100\_C001”*), vínculo se encontraba vigente a la fecha del óbito, sin liquidación de la sociedad de la sociedad conyugal, por lo que para acreditar la calidad de beneficiaria debía demostrar convivencia por un término de 5 años en cualquier tiempo con el pensionado.

La demandante en su interrogatorio indicó que contrajo matrimonio con CARLOS NUBIO el 08 de julio de 1965, convivió con su esposo toda la vida, el pensionado falleció en Roldanillo, vivieron en varias partes, procrearon 5 hijos, la visitaba 4 veces a la semana, que CARLOS tuvo varios hijos extramatrimoniales, falleció de un infarto y se enteró de su muerte porque le avisaron, asistió al entierro, pero no supo quién sufragó los gastos fúnebres (*min. 14:56, archivo “20AudienciaTramiteJuzgamiento26Mayo2022”*).

**MARIA DEL SAGRARIO GONZALEZ POSSO** al rendir su interrogatorio indicó que inició a vivir con CARLOS NUBIO en 1998 hasta el 21 de junio de 2010 cuando falleció, convivieron en el Toro Valle, el causante trabajaba en riego para la empresa ASORUT, sabe de la existencia de **TERESA DE JESÚS**, quien era la cónyuge de su compañero y había procreado 5 hijos con ella, conoce a Jairo, Alveiro y Aldemar Chica, que falleció de un infarto; que cuando inició la convivencia **CARLOS** tenía dos hijos de nombre Julián Chica Cedeño y Fernanda Chica Cedeño hijos de la señora Amparo Cedeño, quien ya había fallecido al iniciar la convivencia, y vivieron con ella hasta que falleció CARLOS NUBIO, y procrearon una hija de nombre **JULIANA CHICA** (*min. 37:21, archivo “20AudienciaTramiteJuzg...26Mayo2022”*).

Se recibieron los testimonios de Marleny Herrera Giraldo (*min. 55:15, archivo “20AudienciaTramiteJuzgamiento26Mayo2022”*) quien dijo ser amiga de toda la vida de **TERESA DE JESÚS**, son vecinas, que CARLOS y TERESA contrajeron matrimonio el 08 de junio

de 1965, procrearon 5 hijos, el causante falleció en Roldanillo, nunca se separó de TERESA, laboraba en ASORUT, pero no sabe qué hacía, y no fue a su entierro. Martha Lucia Pabón en su testimonio (*min. 01:10:00 archivo “20AudienciaTramiteJuzgam...26Mayo2022”*) expresó que vivía en Roldanillo, conoció a CARLOS y **MARÍA DEL SAGRARIO** en el año 2002 cuando se establecieron en ese municipio, hasta el año 2010 cuando falleció CARLOS; que la pareja llegó a vivir con JULIANA quien tenía 6 meses y dos hijos de CARLOS de nombre Julián y Fernanda, que CARLOS laboraba en ASORUT en la parte de maquinaria bombeando y sacando agua, falleció el 21 de junio de 2010 a causa de un infarto en el barrio Humberto y estuvo presente en dicho momento, que CARLOS era casado y tenía más hijos pero no conoce a la demandante.

El testigo Julián Humberto Chica (*min. 01:22:17, archivo “20AudienciaTramiteJuzgamiento26Mayo2022”*) manifestó ser hijo de CARLOS NUBIO y Gloria Amparo Cedeño, quien falleció en 1995, que su padre era casado con TERESA y procrearon 5 hijos de nombres de Juan Pablo, Albeiro, Esmeralda, Jairo y Dalmar, pero se habían separado hace muchos años, su padre convivió con su madre desde 1980 o 1981 porque el nació el 12 de diciembre de 1982, tiene una hermana de nombre Fernanda Chica Cedeño y Juliana Chica, así como otro hermano de nombre Alejandro Chica Jiménez quien ya falleció, dijo que su padre convivió con su madre hasta cuando ésta falleció, luego con Mercedes Jiménez y de allí nació Alejandro y empezó a vivir con **MARÍA DEL SAGRARIO** en agosto de 1998; que su padre laboraba en ASORUT manejando las bombas hidroeléctricas, falleció de un infarto el 21 de junio de 2010 y que **TERESA** y su padre convivieron hasta antes de 1982 porque a partir de ese año hubo convivencia con su madre.

Con lo anteriores medios probatorios, para la Sala es claro que **MARIA DEL SAGRARIO GONZALEZ POSSO** convivió con CARLOS NUBIO CHICA VARGAS (q.e.p.d.) desde agosto de 1998 hasta el 21 de junio de 2010, fecha de su fallecimiento, en calidad de compañera

permanente, superando así el requisito mínimo de convivencia en los últimos 5 años anteriores al fallecimiento.

Por su parte, **TERESA DE JESUS RODRIGUEZ DE CHICA** convivió con el causante desde el 08 de junio de 1965, fecha en que contrajeron matrimonio hasta el 01 de septiembre de 1981, superando así el requisito de 5 años en cualquier tiempo. Si bien existen imprecisiones en el testimonio de Marleny Herrera y el interrogatorio de la demandante, quienes afirmaron que la convivencia se dio hasta el fallecimiento del pensionado, tal como lo refirió el juez de primera instancia, lo cierto es que se puede corroborar que los cónyuges procrearon 5 hijos de nombres Juan Pablo Chica González quien nació el 23 de enero de 1976, Esmeralda Chica González quien nació el 04 de octubre de 1973, Dalmar Gustavo Chica González quien nació el 26 de marzo de 1970, Jairo Alberto Chica González quien nació el 30 de diciembre de 1971 y Carlos Alveiro Chica González quien nació el 05 de noviembre de 1968 (*pág. 24,28,29,30,32, archivo “110013103220180072100\_C001”*), igualmente que **TERESA DE JESÚS** en documentos aportados a la UGPP manifestó haber convivido con CARLOS NUBIO hasta septiembre de 1981 (*pág. 241, archivo “21AportanAntecedentesAdministrativosUGPP”*), situación que coincide con lo manifestado por el testigo Julián Chica Cedeño ya que su padre inició convivencia con Gloria Amparo Cedeño en el año 1982, por las anteriores razones **TERESA DE JESÚS** logró superar el tiempo mínimo de 5 años de convivencia en cualquier tiempo.

Bajo el anterior escenario, tanto la cónyuge como la compañera permanente acreditan la calidad de beneficiarios y, por ende, el derecho a reclamar el retroactivo pensional generado a su favor, motivo por el cual se descartan los planteamientos expuestos por la recurrente y se confirmará en este aspecto la sentencia. Al no presentarse inconformidad respecto del porcentajes de distribución de la prestación, la Sala se releva de su estudio.

- **Sobre la excepción de prescripción**

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

Así las cosas, se tiene que **TERESA DE JESÚS RODRÍGUEZ DE CHICA** presentó la reclamación administrativa el 15 de junio de 2018 (*pág. 17 a 21, archivo “110013103220180072100\_C001”*) y la demanda fue radicada el 08 de agosto de 2018 (*pág. 37, archivo “110013103220180072100\_C001”*), por lo cual se encuentran prescritas las mesadas pensionales causadas a su favor con anterioridad al 15 de junio de 2015. Frente a **MARÍA DEL SAGRARIO GONZÁLEZ POSSO** no opera dicho fenómeno prescriptivo ya que venía disfrutando la mesada pensional desde el 21 de junio de 2010 hasta cuando le fue suspendida la prestación a través de la Resolución RDP027637 del 11 de julio de 2018 (*pág. 17 a 21, archivo “110013103220180072100\_C001”*), por lo que corresponde a la UGPP descontar los mayores valores pagados a favor de la compañera permanente, así como los aportes pensionales que le corresponda a cada beneficiaria, tal y como lo dispuso el *a quo*, por lo que se confirmará la sentencia en su integridad.

Sin costas en esta instancia.

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

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

**RESUELVE**

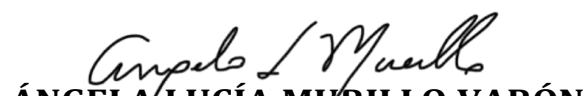
**PRIMERO: CONFIRMAR** la sentencia de primera instancia, conforme lo expuesto en la parte motiva de la presente providencia.

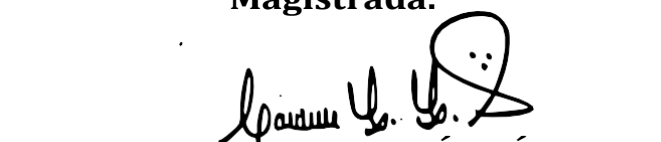
**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTÉS SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 32-2020-00096-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación del **DEMANDANTE** contra el fallo del 04 de abril de 2022, que declaró probadas las excepciones de terminación del contrato de trabajo conforme derecho e inexigibilidad de la indemnización por despido, absolvió de las pretensiones y condenó en costas al **DEMANDANTE** (07:33 archivo "08AudienciaTramiteJuzgamiento04Abril2022(2Parte)").

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (Pág. 5 a 14, 92 a 93 archivo "01. ORDINARIO LABORAL No 110013105032-2020-00096-00").**

**SANDRO ANTONIO RUIZ CÁCERES**, solicitó declarar la ausencia de causal objetiva del despido, en consecuencia, condenar a las indemnizaciones del artículo 64 y 65 CST o indexación, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que el 16 de septiembre de 2022, ingresó a DEFENCE SYSTEMS COLOMBIA hoy la **DEMANDADA**, con contrato de trabajo a término indefinido en el cargo

de operador técnico con asignación básica de \$914.760. Afirmó que el 1º de junio de 2004, firmó otro sí que incluyó la obligación del trabajador de cumplir a cabalidad las funciones de la descripción del cargo, luego, suscribió otras modificaciones vigentes desde el 1º de septiembre de 2009, 1º de enero de 2011 y 16 de diciembre de 2012, sin alterar el objeto del contrato.

Aseguró que a mediados de 2015, el proceso de reestructuración administrativa y operativo conllevó la fusión de varias dependencias de las empresas del Grupo G4S COLOMBIA, como G4S TECHNOLOGY, G4S CASH SOLUTIONS, G4S SECURE SOLUTIONS COLOMBIA y G4S RISK CONSULTANCY, lo que causó reajustes de funciones, disminución de personal y traumatismo en el funcionamiento de varios procesos, coyuntura en la cual se delegó al **DEMANDANTE** algunas funciones no relacionadas con sus funciones contractuales, de manera informal, sin comunicar el alcance de las mismas, los límites de sus atribuciones ni recibir capacitación, entre las cuales asumió el trámite y autorizaciones de ordenes de compra por las actividades propias de la empresas.

Señaló que JAIME GUZMÁN fue nombrado como gerente de compras, quien como jefe inmediato autorizaba al **DEMANDANTE** las compras mayores a 03 millones de pesos, pero que renunció en junio de 2016, por lo que de facto y por falta de un plan de contingencia ante la ausencia de jefe inmediato, el actor debió modificar el rango de su usuario para atender compras superiores a 03 millones de pesos, no para poner en riesgo los intereses de la empresa sino para asegurar que sus procesos fluyeran y cumplir oportunamente sus obligaciones con clientes y proveedores.

Agrega que en julio de 2016, se vinculó a BEATRIZ RODRÍGUEZ como nueva gerente de compras, a quien no se asignó usuario para autorizar este tipo de compras, por lo cual el **DEMANDANTE** continuó usando su usuario para autorizar las compras superiores a 03 millones de pesos; que el 1º de agosto de 2016, se le citó a descargos

por la presunta falta por cambiar los rangos de aprobación de compras, sin precisar la obligación contractual o normas desconocidas, ni trasladar las pruebas en su contra, ni indicar las consecuencias de ser hallado culpable, pese lo cual se presentó a contestar el cuestionario que preparó la empresa, reducido y en su mayoría con respuestas cerradas, diligencia que se suspendió para ser ampliada y finalizada el 02 de agosto de 2016, tras lo cual el 03 de agosto de 2016, se le comunicó la terminación de su contrato con justa causa que puso en entredicho su honestidad. Indicó que su último salario ascendió a \$3.929.396 y que interpuso tutela para declarar ineficaz su despido, la cual negó el Juez constitucional.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (Pág. 52 a 62 archivo “03. Contestación Demanda G4S RISK”).**

**G4S RISK MANAGEMENT COLOMBIA S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la fecha de vinculación, tipo de contrato de trabajo, cargo y salario inicial, que efectuó diligencia de descargo y que la tutela se declaró improcedente. Indicó que el cargo inicial del **DEMANDANTE** fue operador técnico, que no hubo ninguna fusión de compañías y el empleador se limitó a modificar su razón social, que modificó las funciones del trabajador; quien el 1º de diciembre de 2012, pasó al cargo de analista de operaciones y a la fecha de terminación era el Director Nacional de Compras, cuyas funciones conocía, incluyendo sus límites, tal y como describió al detalle en la diligencia de descargos, sin que el ascenso y asignación de nuevas funciones fuera arbitrario, al punto que no hubo reclamo o inconformidad del **DEMANDANTE**, teniendo como jefe inmediato el Gerente General de Compras, conforme el orden jerárquico de la compañía, a quien debía solicitar permiso para modificar los montos de aprobación de pedidos de compra superiores a 03 millones de pesos, la cual nunca se otorgó y ante la ausencia de dicho Gerente fue el área de contabilidad la encargada de hacer tal modificación, hecho que el **DEMANDANTE** confesó conocer en su diligencia de descargos, por lo cual es falso que éste estuviera a cargo de todas las autorizaciones ante la ausencia de jefe inmediato.

Afirmó que garantizó los derechos de defensa y debido proceso, porque previa a la decisión de terminar con justa causa el contrato lo escuchó en diligencia de descargos el 1º y 02 de agosto de 2016, comunicando los motivos y razones concretos por los cuales se tomó tal decisión, la cual fue inmediata y fundada expresamente en las causales taxativas del Código Sustantivo del Trabajo y de la Seguridad Social, así mismo, se siguió el procedimiento reglamentario del proceso disciplinario y finalmente la carta de despido indicó con claridad las justas causas invocadas, su configuración y la gravedad de las mismas, situación aceptada por el **DEMANDANTE**. Interpuso las excepciones de prescripción, terminación del contrato conforme a derecho e inexigibilidad de una indemnización por despido, procedimiento correcto para despedir con justa causa, **DEMANDANTE** no probó los supuestos de hecho de sus pretensiones, buena fe de la compañía, enriquecimiento sin justa causa y la genérica.

## **II.SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (07:33 archivo "08AudienciaTramiteJuzgamiento04Abril2022(2Parte)").**

El 04 de abril de 2022, el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*"(...) PRIMERO: DECLARAR PROBADA la excepción de terminación del contrato de trabajo conforme a derecho e inexigibilidad de una indemnización por despido, conforme las consideraciones expuestas. SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada G4S RISK MANAGEMENT COLOMBIA S.A. de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por el demandante SANDRO ANTONIO RUIZ CÁCERES. TERCERO: CONDENAR en costas al DEMANDANTE y a favor de la DEMANDADA, tásense por secretaria incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a 01 SMLMV. CUARTO: en caso de no ser apelada la presente decisión y al ser totalmente desfavorable al DEMANDANTE, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta. (...)"*

La *a quo* fijó como problema jurídico determinar si el contrato terminó con justa causa y procedencia de las pretensiones.

Como fundamento de su decisión indicó que no hay discusión de la existencia del contrato de trabajo y sus extremos temporales, así

mismo, el empleador alegó como justa causa que el trabajador alteró el tope de aprobación de compras y autorizó 05 de estas por encima del límite asignado de 03 millones de pesos, sin autorización alguna ni informar a sus superiores, lo que se acreditó con el registro de la base de datos que relacionan al usuario del **DEMANDANTE** efectuado dicho cambio y las respuestas dadas en descargos aceptando que conocía el límite de 03 millones y que modificó el tope alegando que lo hizo para agilizar el proceso y reconoció que compras superiores a dicho límite debían ser autorizadas por gerentes, siendo ello coincidente con el dicho de las testigos, por tanto, incurrió en las faltas graves indicadas en el reglamento de trabajo, cuya gravedad no califica el Juez, así como en incumplimiento de sus deberes legales, por lo cual declaró probada la excepción y absolvió de las pretensiones.

### III. RECURSO DE APELACIÓN.

El **DEMANDANTE** solicitó revocar el fallo y condenar a la empresa. Indicó que se demostró y aceptó por el trabajador que el cambio de topes fue por necesidad del servicio y el centro de la discusión era si dichos cambios eran justa causa con la gravedad suficiente para terminar un contrato de más de 14 años sin llamados de atención y el Juez no consideró que la situación la causó la improvisación de la empresa, quien nunca limitó los usuarios del sistema pesar recriminar lo delicado de los topes, además tenía recursos para perfeccionar el sistema y por ello no se puede excusar que un usuario de las calidades del **DEMANDANTE** pudiera hacer cambios, que siempre lo fueron para mantener el flujo de la operación, por ende no hubo falta de honestidad, sin que el Juez considerara la confesión del representante legal de que nunca entregó las funciones ni dio inducción al trabajador, sobre el cual recae la carga de toda esa improvisación, además no se demostró perjuicios por el presunto riesgo y, aún de acreditarse la justa causa, la decisión de despido no fue oportuna, porque es descabellado que una gran empresa que vende servicios de seguridad no tuviera controles para detectar los cambios de topes que efectuó el **DEMANDANTE** en 03 meses, dejando

trascorrir el tiempo sin despedir oportunamente (87:33 archivo “08AudienciaTramiteJuzgamiento04Abril2022(2Parte)”).

#### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, el apoderado del **DEMANDANTE** solicitó acceder a su recurso de apelación, por su parte, la apoderada de la **DEMANDADA** solicitó confirmar el fallo.

#### V. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

#### VI. PROBLEMA JURÍDICO

Le corresponde a la Sala determinar si existió la justa causa de terminación del contrato de trabajo alegada por el empleador, en caso negativo, la procedencia de acceder a las pretensiones reclamadas, conforme los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

#### VII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* entre el demandante **SANDRO ANTONIO RUIZ CÁCERES** y la demandada **G4S RISK MANAGEMENT COLOMBIA S.A.** existió un contrato de trabajo del 11 de septiembre de 2002 al 03 de agosto de 2016 (Pág. 22 a 24, 63 a 75 archivo “03. Contestación Demanda G4S RISK”).

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

Procede la Sala a resolver los recursos de apelación, atendiendo las siguientes consideraciones

- **Terminación del contrato de trabajo con justa causa y posibilidad del Juez de calificar la gravedad de la conducta.**

El artículo 62 CST, consagra las justas causas para terminar de manera unilateral con justa causa el contrato de trabajo, por parte del trabajador o empleador. Dicha norma señala que la parte que finaliza unilateralmente el contrato debe manifestar a su contraparte la causal o motivo de dicha decisión al momento de la extinción, sin que luego pueda alegar válidamente causas o motivos distintos, prohibición que ratificó el artículo 66 *ibídem*.

En los litigios sobre la validez de la terminación del contrato de trabajo, la H. CSJ señala que al trabajador debe acreditar el despido y al empleador la justa causa invocada, como indicó en las sentencias SL4547-2018, SL986-2019, SL1680-2019, SL2805-2020, SL816-2022, SL1639-2022, entre otras.

El numeral 6 del literal a) del artículo 62 CST señala que es justa causa para terminar el contrato la violación grave de las obligaciones o prohibiciones especiales que incumben al trabajador conforme los artículos 58 y 60 CST o cualquier falta grave así calificada en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contrato o reglamento.

Sobre el alcance de la precitada justa causa, la H. CSJ indica que la misma contiene dos supuestos fácticos: **i)** la violación grave de las obligaciones o prohibiciones legales del trabajador, caso en que el Juez debe calificar la gravedad de la conducta; **ii)** la comisión de una conducta que las partes previamente calificaron como grave, caso en que el Juez se limita a verificar la ocurrencia de la conducta enrostrada al trabajador. La posición de la Alta Corte ha sido reiterada en las sentencias SL Rad. 40.114 del 27 de febrero de 2013, SL499-2013, SL15245-2014, SL1920-2018, SL3883-2019, entre otras.

## **CASO EN CONCRETO.**

En el caso bajo estudio, no hay controversia de la existencia del contrato de trabajo a término indefinido del 11 de septiembre de 2002 al 03 de agosto de 2016 y que éste finalizó por las justas causas que invocó la **DEMANDADA** (Pág. 22 a 24, 63 a 75 archivo “03. Contestación Demanda G4S RISK”).

Conforme los antecedentes normativos expuestos, es regla jurisprudencial pacífica de la H. CSJ que en los litigios sobre la validez de la justa causa que invocó el empleador para terminar el contrato de trabajo, al trabajador le basta acreditar el despido y es carga del empleador demostrar la existencia de la justa causa invocada.

De otra parte, la regla jurisprudencial de la H. CSJ adoptada en las sentencias SL Rad. 40.114 del 27 de febrero de 2013, SL499-2013, SL15245-2014, SL1920-2018, SL3883-2019, entre otras, señala que el numeral 6 del literal a ) del artículo 62 CST contiene dos supuestos fácticos que determinan el alcance del análisis del Juez Laboral: **i)** si se acusa la violación grave de las obligaciones o prohibiciones legales del trabajador el Juez debe calificar la gravedad de la conducta; **ii)** si se alega la comisión de conducta que las partes previamente calificaron como grave, el Juez se limita a verificar la ocurrencia de la conducta.

En el presente asunto, la **DEMANDADA** alegó en la carta de terminación como justas causas los numerales 4° y 6° del literal a) del artículo 62 CST, en concordancia con el numeral 1° del artículo 58 CST y el artículo 50 del Reglamento Interno de Trabajo (Pág. 22 a 24 archivo “03. Contestación Demanda G4S RISK”).

La **DEMANDADA** acusó al trabajador de incumplir sus deberes legales de: **i)** realizar personalmente labor en los términos estipulados y acatar y cumplir las órdenes e instrucciones impartidas.

También señaló al trabajador de incurrir en las faltas graves señaladas en su Reglamento Interno de Trabajo por: **i)** incumplimiento demostrado de los procedimientos y métodos establecidos por la Empresas; **ii)** violación de cualquiera de sus obligaciones legales, contractuales y reglamentarias; **iii)** la ejecución de todo hecho abusivo sobre las personas, bienes o instalaciones confiadas a su custodia; **iv)** el ocultamiento, desfiguración e inexactitud en la oportuna información que debe dar a la empresas o sus representantes de cualquier delito o trasgresión (Pág. 47 y 48 archivo “03. Contestación Demanda G4S RISK”).

Como sustento fáctico de las causas alegadas, **G4S RISK MANAGEMENT COLOMBIA S.A.** señaló que contrató al trabajador para el cargo de Director Nacional de Compras y que dentro de sus funciones estaba aprobar las ordenes de compra en el sistema AX de cuantía entre \$0 a \$3.000.000, pese lo cual el 28 de julio de 2016 la compañía conoció que modificó sin autorización el monto para aprobar compras de entre \$3.000.000 a \$300.000.000, realizando entre mayo y julio 05 aprobaciones de ordenes de compra superiores al tope asignado, una de ellas por más de \$100.000.000

Revisado el expediente, se advierte que en efecto la **DEMANDADA** allegó el registro de base de datos que acredita que, por lo menos entre el 11 de julio de 2016 hasta el 28 de julio de 2016, en 41 ocasiones el **DEMANDANTE** alteró el tope del monto máximo de las ordenes de compra que podía autorizar, aumentándolo de \$3.000.000 ha \$30.000.000 o inclusive \$300.000.000 y luego disminuyéndolo al monto inicial de \$3.000.000 (Pág. 26 a 28 archivo “03. Contestación Demanda G4S RISK”).

De otra parte, se allegó copia del Acta de la diligencia de descargos practicada el 1º y 02 de agosto de 2016, en la cual el **DEMANDANTE** reconoció expresamente que las funciones que desarrollaba eran dar tramite a las solicitudes de compra y podía aprobar aquellas cuyo como fuera de hasta \$3.000.000, sin estar

autorizado para modificar el monto de aprobación pero que sabía que su usuario podía levantar el *check*, reconociendo expresamente que cambió la tabla de autorizaciones superando el límite de autorización a su cargo en julio de 2016 y que no reportó a nadie la autorización de los pedidos de compra efectuados tras modificar su límite de autorización a pesar de conocer que aquellos solo podían ser autorizados por gerentes, aceptando conocer la gravedad de tal conducta (Pág. 32 a 36 archivo “03. Contestación Demanda G4S RISK”).

Finalmente, el propio apoderado del **DEMANDANTE** señaló al interponer su recurso de apelación que esta suficientemente probado y aceptado explícitamente por su representado que por necesidad del servicio “*cambió algunos topes*” para el desarrollo de sus funciones en el sistema que le fueron asignados, manifestación que reúne los requisitos del artículo 193 CGP, aplicable al proceso laboral y de la seguridad social por el artículo 145 CPTSS, para ser considerada confesión por apoderado judicial.

Así las cosas, los elementos de pruebas señalados permiten concluir, sin lugar a dudas, que la **DEMANDADA** demostró en juicio, por lo menos, que el **DEMANDANTE** conocía que dentro de sus funciones estaba aprobar las ordenes de compra cuyo monto no superara el límite de \$3.000.000, pese lo cual alteró en múltiples ocasiones, por los menos 41 veces, tal monto por cifras para aprobar ordenes cuyo monto era superior al tope antes señalado, sin dar aviso y con pleno conocimiento que dichas ordenes solo podían ser aprobadas por gerentes, reconociendo inclusive la gravedad de tal conducta en descargos.

En consecuencia, contrario a lo alegado en el recurso de apelación, no importaba la intención con la cual el trabajador decidió modificar unilateralmente el monto máximo de aprobación que le asignó su empleador, sino su reprochable conducta de modificar los mismos de forma unilateral, sin dar aviso a sus superiores y aún conociendo que las ordenes superiores a \$3.000.000 debías ser aprobadas por los gerentes, conductas que configuraron las justas causas alegadas en su contra para

terminar el contrato de trabajo.

El anterior comportamiento, por si solo y sin necesidad de esperar la materialización de un riesgo, generaba el incumplimiento de las instrucciones particulares que la **DEMANDADA** dio al trabajador sobre el modo cómo debía ejercer su función, al punto que el **DEMANDANTE** reconoció de forma expresa en descargos que el monto restringido sobre el cual podía autorizar directamente las ordenes de compra no superaba los \$3.000.000, orden expresa que desconoció abiertamente.

Inclusive, durante su declaración de parte, el demandante **SANDRO ANTONIO RUIZ CÁCERES** volvió a reconocer que sus superiores le indicaron que solo podía autorizar compras de hasta \$3.000.000 y que ningún superior le dijo que podía autorizar compras por valores superiores al monto antes señalado (01:08:37 "*07AudienciaTramiteJuzgamiento04Abril2022(1Parte)*"), pese lo cual la **DEMANDADA** demostró que el trabajador elevó unilateralmente y sin autorización dicho monto limite en 41 ocasiones.

En consecuencia, como quiera que se acreditan los fundamentos fácticos de todas las faltas graves contenidas en el Reglamento Interno de Trabajo señalado en la carta de despido, por cuanto el **DEMANDANTE** incumplió el procedimiento que le impuso un límite para aprobar compras, a través de un hecho abusivo sobre los bienes de la compañía, el cual ocultó a su empleador, no queda opción distinta para el Juez laboral que dar por probada la justa causa.

Se recuerda al apoderado del **DEMANDANTE** que en el caso de la comisión de conductas que las partes previamente han calificado como faltas graves, el Juez se limita a verificar la ocurrencia de las mismas sin calificar una gravedad que previamente ya ha sido asignada por las partes de la relación laboral, conforme el segundo supuesto fáctico descrito en el numeral 6 del literal a) del artículo 62

CST, tal y como ha señalado la H. CSJ en las sentencias las sentencias SL Rad. 40.114 del 27 de febrero de 2013, SL499-2013, SL15245-2014, SL1920-2018, SL3883-2019, entre otras.

Inclusive, en gracia de discusión, aún si la **DEMANDADA** no hubiera alegado la comisión de las faltas graves consagradas en su Reglamento Interno de Trabajo y este Tribunal debiera verificar la gravedad de la conducta del trabajador, habría llegado a la misma conclusión de que la justa causa si se configuró, pues no es razonable que el **DEMANDANTE** alegue que su comportamiento no fue grave porque nunca se materializó un riesgo y que actuó por el bien de las operaciones de la compañía, pasando por alto que ningún superior lo autorizó para autorizar compras superiores al monto que por su nivel jerárquico en la compañía podía aprobar, desconociendo con ello las medidas de control y responsabilidad asignadas según el nivel del cargo que había adoptado su empleador.

En cuanto el reproche por la presunta falta de control de la **DEMANDADA** para que usuarios sin el nivel jerárquico lo suficientemente relevante para modificar los topes de autorización de ventas lo pudieran hacer, no cabe duda que dicha falencia afectó la seguridad del sistema, sin embargo, el trabajador, en vez de actuar de buena fe y comunicar al empleador tal hecho para evitarle daño, como lo ordena el artículo 55 y el numeral 5 del artículo 58 CST, previó callar dicha circunstancia y modificar sus topes en abierto desconociendo de una instrucción clara que admitió que conocía, por lo cual mal haría este Tribunal en aceptar la suplica de considerar que el origen de dicho comportamiento reprochable era el empleador y no la decisión consciente del trabajador.

De otra parte, tampoco se acepta el argumento de que es descabellado que una empresa de seguridad no advirtiera en 03 meses que el usuario del trabajador alteró el tope máximo de autorización de compras, porque de nuevo el trabajador pretende exculpar su responsabilidad trasladándola a la **DEMANDADA**, por cuanto se

reitera que lo reprochable en este caso no son las falencias del programa AX sino que el **DEMANDANTE**, al conocer la falencia del sistema por la cual podía modificar su tope de autorización, no informará al trabajador y en su lugar decidiera modificar dicho límite para aprobar operaciones que conocía eran del resorte de los gerentes.

Por las anteriores consideraciones se confirmará el fallo de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

### **RESUELVE**

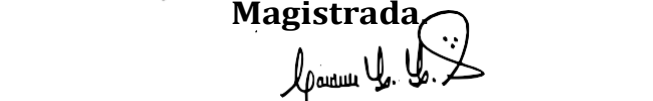
**PRIMERO: CONFIRMAR** el fallo de primera instancia, conforme la parte considerativa de esta providencia.

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en la segunda instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 32-2021-00527-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación de **PORVENIR S.A.** y recurso de apelación y grado jurisdiccional de **COLPENSIONES** contra el fallo del 02 de marzo de 2023, que declaró ineficaz el traslado al RAIS y de AFP, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos e indexado, reactivó la vinculación en el RPM y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** (01:28:09 archivo ::“21ActaAudienciaTramiteJuzgamiento20230302”).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA** (Pág. 2 a 11 archivo “01Demanda20210527Ordinario”).

**MYRIAM LETICIA PÉREZ HURTADO** solicitó declarar ineficaz su traslado al RAIS, devolver el saldo de su CAIP, reactivar su vinculación al RPM, condenas ultra y extra petita, costas y agencias en derecho. De forma subsidiaria, reclamó a título de indemnización la diferencia de lo que recibiría como mesada en el RPM.

Como fundamento fáctico indicó que nació el 14 de diciembre de 1966, que se afilió en mayo de 1989 al ISS; que en 1994 se trasladó al RAIS mediante afiliación a HORIZONTE S.A. hoy **PORVENIR S.A.** y en

febrero de 2010 se trasladó a **PROTECCIÓN S.A.**, AFP que no suministró información clara y completa de las características de cada régimen pensional, recibiendo una asesoría sesgada, parcializada y contraria a sus intereses pensionales. Alegó que el 02 de agosto de 2021 solicitó la nulidad de su traslado al RAIS y su retorno al RPM, petición que fue rechazada.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA.**

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado y que negó su solicitud de nulidad de traslado al RAIS. Indicó que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS, no obstante, siempre ha capacitado a sus asesores para que expliquen al potencial afiliado las características de los regímenes pensionales, las particularidades de pertenecer a uno u otro y las condiciones de los servicios ofrecidos por la AFP, información que se brindó al **DEMANDANTE** y por tanto su decisión de vinculación a la AFP fue informada y cumple todas las condiciones normativas vigentes para la época de los hechos para producir plenos efectos jurídicos. Interpuso las excepciones de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, buena fe (Pág. 2 a 32 archivo “08ContestacionDemandaPorvenir”).

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad y que negó la solicitud de nulidad de traslado al RAIS. Indicó que de manera previa a la vinculación del potencial afiliado explicó el funcionamiento de los distintos regímenes pensionales, haciendo énfasis en las diferencias y forma de consolidación del derecho pensional en el uno o en el otro, por lo cual la decisión de pertenecer a la AFP fue informada y válida desde todos los aspectos normativos exigibles para la época, sin que exista causal de nulidad o ineficacia para privarla de efectos jurídicos. Interpuso las excepciones de inexistencia de la obligación y falta de causa para

pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos y del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la prima del seguro, validez y eficacia del traslado entre AFP, falta de juramento estimatorio de perjuicios como requisito procesal y la genérica (Pág. 3 a 34 archivo “09ContestacionProteccion”).

La **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones. Aceptó los hechos relativos a la edad del afiliado y que negó su retorno al RPM. Alegó que no le constan las circunstancias del traslado al RAIS y que el afiliado no demostró las falencias alegadas en la demanda, de otra parte, la vinculación a las AFP es válida porque cumple todos los requisitos legales y no es viable el retorno al RPM por la restricción de traslado por edad y afectación de la sostenibilidad financiera del Sistema. Interpuso las excepciones de la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante **COLPENSIONES**, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del Sistema, buena fe de **COLPENSIONES**, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica (Pág. 2 a 25 archivo “10ContestaciónDemandaColpensiones”)

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (01:28:09 archivo “21ActaAudienciaTramiteJuzgamiento20230302”).**

El 02 de marzo de 2023, el Juzgado 32 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

*“(…) PRIMERO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones formuladas por las DEMANDADAS, conforme las consideraciones expuestas. SEGUNDO.- DECLARAR la ineficacia del traslado al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad efectuado por la demandante MYRIAM LETICIA PÉREZ HURTADO a través de la AFP HORIZONTE, hoy PORVENIR S.A., de fecha 22 de julio de 1994, así como su posterior traslado entre administradoras del Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad. TERCERO.- Como consecuencia de lo anterior, CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A. a*

*trasladar con destino a COLPENSIONES las sumas deducidas por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la DEMANDANTE estuvo afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PORVENIR S.A. con cargo a sus propios recursos. **CUARTO.- CONDENAR** a la demandada PROTECCIÓN S.A. a trasladar con destino a COLPENSIONES la totalidad de los recursos que obren en la cuenta de ahorro individual de la DEMANDANTE, lo que incluye los aportes efectuados junto con sus rendimientos. Así mismo deberá trasladar las sumas deducidas y dirigidas al fondo de garantía de pensión mínima, primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración y comisiones que corresponda, en proporción al tiempo en que la DEMANDANTE ha estado afiliada a dicha sociedad, valores que deberán ser indexados y asumidos por PROTECCIÓN S.A. con cargo a sus propios recursos. **QUINTO.- ORDENAR** a la demandada COLPENSIONES a recibir a la demandante MYRIAM LETICIA PÉREZ HURTADO como afiliada al Régimen de Prima Media con Prestación Definida, sin solución de continuidad, y en las mismas condiciones en que se encontraba afiliada al momento del traslado de régimen que se declara ineficaz. **SEXTO.- CONDENAR** en costas a la demandada PORVENIR S.A. y a favor de la demandante, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a dos (02) smlmv. Sin costas respecto de COLPENSIONES y PROTECCIÓN S.A. **SÉPTIMO.** - En caso de no ser apelada la presente decisión y en lo desfavorable a la demandada COLPENSIONES remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta. (...)*”.

El *a quo* fijó como problema jurídico establecer si el traslado del RPM al RAIS es ineficaz y la procedencia de las demás pretensiones.

Para resolver indicó que la libertad de selección de régimen requiere que la AFP cumpla el deber de información brindando todos los elementos de juicio al potencial afiliado para que tome una decisión informada, sin que sea suficiente el formulario de afiliación conforme la H. CSJ, por tanto, declaró la ineficacia y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** porque fue la AFP que generó la ineficacia.

### **III. RECURSOS DE APELACIÓN.**

La demandada **PORVENIR S.A.** solicitó revocar el fallo. Indicó que a la fecha del traslado de régimen no era exigible documentar la asesoría al afiliado más allá del formulario de afiliación, el cual aprobó la Superintendencia que ejercía control sobre la AFP, además la afiliada alega su propia culpa a su favor, dejando de lado sus deberes como consumidora financiera de ser diligente e investigar el acto a realizar y sus consecuencias. En caso de confirmarse el fallo, solicitó

revocar la devolución de gastos de administración y primas por ser sumas que no financian la pensión, cuya destinación específica cumplió la AFP y ello generó rendimientos, generando la indexación una doble actualización porque los rendimientos ya evitan perder el valor de la moneda y permiten el cubrimiento integral de las eventuales prestaciones por **COLPENSIONES** (01:31:00 archivo “21ActaAudienciaTramiteJuzgamiento20230302”).

La demandada **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo. Indicó que la Ley 797 de 2003 impide el retorno al RPM por la restricción de traslado salvo quien cotizó 15 años de servicios a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones el 1º de abril de 1994, requisito que no cumple la afiliada, de otra parte, la sentencia SU-062 de 2010 establece el estudio de rentabilidad para cuidar el equilibrio financiero, operación que asegura que el monto ahorrado no sea inferior al que se acumularía de haber permanecido en el RPM, en todo caso, la AFP brindó información de manera verbal, tal y como se acreditó, siendo desmedida la carga de la prueba impuesta por la H CSJ porque implica exigir obligaciones de normas no vigentes, vulnerando la confianza legítima y el debido proceso porque no se juzga conforme las normas preexistentes. De otra parte, se desconoce el principio de relatividad jurídica, ya que **COLPENSIONES** no fue parte del negocio ineficaz y no puede resultar afectada o beneficiada (01:36:20 archivo “21ActaAudienciaTramiteJuzgamiento20230302”).

#### IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.

Durante el término de traslado del artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, la apoderada de **COLPENSIONES** solicitó revocar el fallo reiterando los argumentos señalados en su recurso de apelación. De otra parte, la firma apoderada de **PORVENIR S.A.** solicitó revocar la sentencia reiterando las inconformidades de su recurso. Agotado el término, los apoderados de las otras partes no presentaron alegatos.

## V. GRADO JURISDICCIONAL DE CONSULTA

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

## VI. SANEAMIENTO DEL PROCESO

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

## VII. PROBLEMA JURÍDICO

Determinar la validez del traslado pensional de la **DEMANDANTE** al RAIS mediante su vinculación con HORIZONTE AFP hoy **PORVENIR S.A.**, así como la procedencia de la devolución de los gastos de administración, conforme lo alegado en los recursos de apelación y los requisitos sustanciales previstos en la Ley y Jurisprudencia para ello.

## VIII. CONSIDERACIONES

En el presente asunto no hay controversia de que: *i)* la demandante **MYRIAM LETICIA PÉREZ HURTADO** nació el 14 de diciembre de 1966 (Pág. 109 archivo “01Demanda20210527Ordinario”); *ii)* la **DEMANDANTE** se afilió al extinto ISS del 05 de mayo de 1989 al 31 de julio de 1994, cotizando 269,86 semanas (carpeta “11ExpedienteAdministrativoColpensiones”); *iii)* la **DEMANDANTE** se trasladó al RAIS mediante formulario de afiliación a HORIZONTE AFP hoy **PORVENIR S.A.** del 22 de julio de 1994, efectivo a partir del 1º de agosto de 1994 (Pág. 33, 57 archivo “08ContestacionDemandaPorvenir”); *iv)* la **DEMANDANTE** se trasladó a **PROTECCIÓN S.A.** mediante formulario del 1º de febrero de 2010,

efectivo a partir del 1° de abril de 2010, AFP donde permanece vinculado y acumula 1657 semanas cotizadas a febrero de 2022 (Pág. 46, 80 a 83 archivo “09ContestacionProteccion”).

En la sentencia de primera instancia, el *a quo* declaró ineficaz el traslado al RAIS y de AFP, ordenó devolver el saldo de la CAIP sin descuentos e indexado, reactivó la vinculación en el RPM y condenó en costas a **PORVENIR S.A.** Contra la anterior decisión **PORVENIR S.A.** y **COLPENSIONES** interpusieron recurso de apelación.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

### **CASO CONCRETO**

En el presente asunto, no hay prueba de que al momento del traslado del RPM al RAIS de la **DEMANDANTE**, HORIZONTE AFP hoy **PORVENIR S.A.** y demás **AFP DEMANDADAS** brindaran asesoría completa y comprensible de los aspectos positivos y negativos de cada régimen y las consecuencias de dicho traslado, obligación cuyo cumplimiento diligente no acreditaron porque solo allegaron los formularios de afiliación, sin que la firma de este por el afiliado las eximas de tal carga probatoria, por tanto, es razonable inferir que las referidas AFP no demostraron el cumplimiento de la precitada obligación al momento del traslado de régimen pensional o posteriores traslados de AFP.

De otra parte, si bien la **DEMANDANTE** en su interrogatorio reconoció que en el RAIS tiene una CAIP, se abonan rendimientos, puede pensionarse a una edad anticipada, advirtió que no fue capacitada sobre el uso dado a su capital y que se le aseguró que la AFP era mejor opción que el ISS, manifestación que no beneficia a las **DEMANDADAS** puesto que ni de la demanda ni de la declaración rendida se demuestra que el traslado al RAIS se realizara en el marco de una libertad informada, siendo obligación de las AFP acreditar el cumplimiento de esa carga procesal.

Por las anteriores consideraciones, la Sala rechaza los argumentos señalados en los recursos de apelación, por cuanto el estudio de estos casos no se aborda desde la institución de la nulidad, sino desde la ineficacia del acto del traslado. Además, el deber de información y asesoría siempre ha existido a cargo de las AFP y si bien su nivel de exigencia ha variado, en el caso bajo estudio no se acreditan ni siquiera el cumplimiento de los presupuestos mínimos que deben ser informados

al potencial afiliado, independiente del cargo que ostente o el grado de escolaridad, por lo cual se considera que siempre estuvo afiliado al RPM.

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

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

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

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

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

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

Sin costas en esta instancia.

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

En mérito de lo expuesto, el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C., SALA LABORAL,

Administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por  
autoridad de la ley

### **RESUELVE**

**PRIMERO: MODIFICAR** el numeral tercero de la sentencia de primera instancia, en el sentido de **CONDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a devolver a **COLPENSIONES** el porcentaje correspondiente a los gastos de administración, comisiones y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo de permanencia de la **DEMANDANTE**. Al momento en que la **AFP DEMANDADA** cumpla la orden, los conceptos objeto de devolución deben discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

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

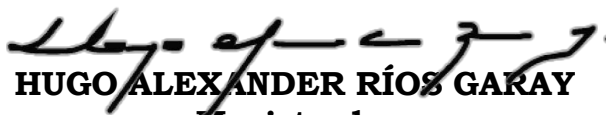
**TERCERO: ADICIONAR** el numeral octavo a la sentencia de primera instancia, en el sentido de **DECLARAR** que **COLPENSIONES** puede obtener por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que eventualmente pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional en montos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

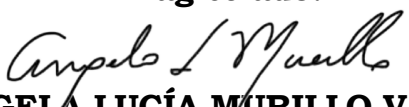
**CUARTO: CONFIRMAR** en lo demás la sentencia de primera instancia.

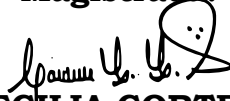
**QUINTO: SIN COSTAS** en esta instancia.

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

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada. Con aclaración de voto

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.



República de Colombia  
Tribunal Superior de Bogotá

Sala Laboral

## **ACLARACIÓN DE VOTO**

DEMANDANTE: MYRIAM LETICIA PEREZ HURTADO

DEMANDADO: ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES –  
COLPENSIONES- Y OTROS

RADICACIÓN: 11001 31 05 032 2021 00527 01

## **MAGISTRADO PONENTE: HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**

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

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

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

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada



**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
**Magistrado Ponente**

**Radicado N° 36-2019-00364-01**

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

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, procede la Sala Quinta de Decisión a resolver el recurso de apelación interpuesto por la demandada **BODEGAJES Y MUDANZAS STORAGE S.A.S.** contra la sentencia del 08 de noviembre de 2021, que declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo del 21 de noviembre de 2014 al 20 de junio de 2017, que terminó por decisión unilateral sin justa causa del empleador y lo condenó al pago de prestaciones sociales, compensación por vacaciones, indemnización por no consignación de cesantías, por despido y moratoria y en costas de primera instancia (03:46 archivo “015 . 6ta Parte Aud. Art 80 C.P.T.SS Nov-08-2021 Exp. 036-2019-00364”).

**I. ANTECEDENTES**

- **DEMANDA (Pág. 4 a 9 archivo “001. PO. Andrei Ferrer Murillo vs Storage S.A.S fl 1 al 104 Exp. 036-2019-00364”).**

**ANDREI FERRER MURILLO** solicitó declarar un contrato de trabajo entre el 21 de noviembre de 2014 y el 20 de junio de 2017 y condenar al pago de la reliquidación de prestaciones sociales y vacaciones, indemnización por no consignación de cesantías, por despido y moratoria, indexación, condenas ultra y extra *petita*, costas y agencias en derecho.

Como fundamento fáctico indicó que VIVIANA ANDREA MURILLO FERRER y la demandada **BODEGAJES Y MUDANZAS STORAGE S.A.S.** suscribieron contrato de trabajo a término indefinido el 21 de noviembre de 2014, como asesor comercial, cargo que ejerció de lunes a viernes de 8am a 5:30pm y luego hasta las 7pm y los sábados de 8am a 1pm. Aseguró que solicitó el pago de horas extras al representante legal de la **DEMANDADA**, pero el señor HUGO HUMBERTO MELO BERNAL rechazó las mismas alegando que pagaba comisiones además de 1 SMLMV. Indicó que las comisiones eran del 2% al 5% de los servicios de bodegaje, transporte y empaque, porcentaje establecido en una tabla de comisiones a cargo del Gerente Comercial de la sociedad demandada, siendo el salario pagado en quincenas y las comisiones en mensualidades a través de cheque del BANCO DAVIVIENDA o en ocasiones en efectivo.

Alegó que el empleador lo afilió a seguridad social y pagó aportes por el salario mínimo, sin incluir las comisiones, las cuales tampoco consideró al liquidar prestaciones sociales y vacaciones. Señaló que el 20 de junio de 2017, la **DEMANDADA** terminó el contrato de trabajo alegando llamados de atención por llegadas tardes, incumplimiento de metas, no acatar órdenes directas de gerencia, un memorando con citación a descargos por bajo rendimiento de sus funciones diarias y un segundo memorando por inconformidad de cliente en un servicio cotizado por el trabajador, pero la terminación obedeció en realidad por discriminación de la Directora Comercial IVONNE MILENA CARDENAS debido a su disfonía de género, por cuanto el **DEMANDANTE** inició proceso de cambio de sexo y paso de ser VIVIAN ANDREA MURILLO FERRER a **ANDREI FERRER MURILLO**, pese lo cual la Directora Comercial ordenó a los compañeros de trabajo seguir llamándolo por su nombre femenino y manifestar a los clientes que quien atendía era mujer y no hombre, aún después de que la Resolución 5907 del 06 de junio de 2017, canceló la cedula relativa a su nombre femenino 31.323.511 por la CC 1.020.841.654 con su actual nombre. Manifestó que el 22 de noviembre de 2017, presentó acción de tutela por los actos discriminatorios, la cual no fue concedida, luego, el 22 de noviembre de 2018 presentó derecho de

petición reclamando documentos de la relación laboral, los cuales fueron allegados hasta el 07 de diciembre de 2018.

- **CONTESTACIÓN DEMANDA (Pág. 106 a 111 archivo “001. PO. Andrei Ferrer Murillo vs Storage S.A.S fl 1 al 104 Exp. 036-2019-00364”).**

**BODEGAJES Y MUDANZAS STORAGE S.A.S.** aceptó las pretensiones relativas a la existencia del contrato de trabajo y negó las demás. Aceptó los hechos relativos a la existencia de la relación laboral, sus extremos temporales, remuneración de 1 SMLMV, pago de 03 cheques, pago de prestaciones sociales, vacaciones y aportes sobre 1 SMLMV, que la empresa terminó el contrato por las razones indicadas en la comunicación; cambio de sexo del trabajador; que la tutela fue rechazada y que resolvió el derecho de petición. Indicó que nunca pactó el pago de comisiones ni se generaron horas extras, por tanto, el salario siempre fue de 1 SMLMV como indica el contrato de trabajo, de otra parte, los 03 pagos realizados a la **DEMANDANTE** no fueron continuos ni periódicos y cumplen las condiciones de artículo 128 CST para no ser considerados salario. Interpuso las excepciones de cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación, buena fe exenta de culpa y la genérica.

Por auto del 23 de marzo de 2021, el JUZGADO 40 LABORAL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C. avocó conocimiento del proceso (archivo “003. auto avoca y fija fecha. MAR-23-2021. EXP. 036-2019-00364”).

## **II. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA (03:46 archivo “015 . 6ta Parte Aud. Art 80 C.P.T.SS Nov-08-2021 Exp. 036-2019-00364”).**

El 08 de noviembre de 2021, el Juzgado 40 Laboral del Circuito de Bogotá D.C. profirió sentencia con el siguiente tenor literal:

“(…) **PRIMERO: DECLARAR** que entre el demandante ANDREI FERRER MURILLO como trabajador y la sociedad BODEGAJES Y MUDANZAS STORAGE S.A.S. como empleadora existió un contrato de trabajo entre el 21 de noviembre del año 2014 y hasta el 20 de junio del año 2017, el que terminó por decisión unilateral e injustificada de la sociedad empleadora. **SEGUNDO:**

**DECLARAR** no probadas las excepciones de mérito propuestas por la sociedad demandada. **TERCERO: CONDENAR** a la demandada Bodegajes y Mudanzas Storage SAS a pagar en favor del demandante el valor correspondiente a las diferencias entre las sumas canceladas por concepto de prestaciones sociales y compensación por vacaciones y las que realmente le correspondían al trabajador, de la siguiente manera: por concepto de cesantías \$ 528.617.81, intereses a las cesantías \$ 60.448.07, prima de servicios \$ 528.617.81 y compensación por vacaciones \$ 29.001.16. **CUARTO: CONDENAR** a Bodegajes y Mudanzas Storage SAS a pagar en favor del demandante Andrei Ferrer Murillo el valor correspondiente a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65, \$20.103.019,68 y a partir del 22 de junio del año 2019 intereses moratorios a la tasa máxima establecida por la superintendencia Financiera de Colombia respecto de los valores adeudados por concepto prestaciones sociales, hasta que se verifique el pago de los mismos. **QUINTO: CONDENAR** a la sociedad demandada a pagar en favor del demandante el valor correspondiente a la sanción por la no consignación oportuna de las cesantías por valor de \$14.941.196.95. **SEXTO: CONDENAR** a la sociedad demandada a pagar en favor del demandante Andrei Ferrer Murillo indemnización por terminación unilateral del contrato de trabajo por valor de \$1.720.235.26, suma esta que deberá ser indexada de acuerdo con el IPC para el momento en que se verifique su pago. **SÉPTIMO: CONDENAR** en costas a la sociedad demandada en favor del demandante, se fijan como agencias en derecho suma equivalente a 1 smlmv. (...).”

La *a quo* fijó como problema jurídico determinar si los pagos adicionales fueron comisiones y salario para establecer la procedencia de reliquidar las acreencias laborales e indemnizaciones, así como fijar si hay lugar a la indemnización por despido.

Para resolver indicó que no hubo discusión sobre la relación laboral, sus extremos y que finalizó por decisión unilateral del empleador. Señaló que el artículo 127 CST define como salario todo pago retributivo del servicio personal, esto es, que dependa de lo que haga o deje de hacer el trabajador y en el caso la **DEMANDADA** aceptó los pagos descritos en los hechos 15, 16 y 17 de la demanda, además la sanción por inasistencia de su representante legal a la audiencia de conciliación conllevó a presumir ciertos el hecho 8, 10, 11, 12 y 14 relativos a que se pactó el pago de comisiones junto al salario básico de 1 SMLMV, pagadas en cheque y ocasionalmente en efectivo, además la empresa allegó relación de pagos de *logros adicionales* o *bonificaciones*, aceptando su representante legal el pago de *incentivos* como premio ante un volumen elevado de ventas, siendo ello contraprestación directa del servicio comercial de ventas y el testigo

JUAN MEDARDO CUERVO reconoció que recibían *incentivos* cuando iban bien las ventas y que cada asesor comercial recibía un monto diferente, de lo cual se infiere que dependía de la actividad comercial de cada uno, reiterando el testigo GABRIEL ÁNGEL MARTÍNEZ que si habían buenas ventas la compañía daba a sus asesores comerciales *reconocimientos* que solo se pagaban a los asesores comerciales según el porcentaje de ventas y si bien las partes aceptaron que el **DEMANDANTE** recibió cheques para cancelar conceptos operativos de la empresa o dividir la *bonificación* en sus compañeros comercial, ello no desvirtúa el carácter salarial de las bonificaciones salvo aquellos pagos que se hicieron a terceros a través del trabajador. Así las cosas, fijó el monto del salario promedio de los años 2015, 2016 y 2017 en donde se acreditaron pagos adicionales que son salario, ordenó pagar la diferencia, señaló que el empleador no allegó ninguna prueba sobre las justas causas alegadas y condenó a la indemnización por despido indexada, además no hay ninguna prueba de su actuar de buena fe y por el contrario intentó evadir la carga prestacional de las comisiones a través de cheques o pagos a un solo asesor para que éste lo redistribuyera entre sus compañeros para no dejar rastro del pago retributivo del servicio, por lo cual ordenó la indemnización por no consignación de cesantías y moratoria.

### III. RECURSO DE APELACIÓN.

La demandada **BODEGAJES Y MUDANZAS STORAGE S.A.S.** solicitó revocar el fallo. Alegó que el **DEMANDANTE** no probó el dicho de su demanda porque no fueron sus testigos y se limitó a aportar dos fotocopias de cheques, de otra parte, la Juez aplicó la confesión ficta para conceder pretensiones pasando por alto que no es prueba absoluta y debe ser contrastada con las demás pruebas, más aún cuando la empresa formuló excepciones y allegó pruebas donde relacionó de buena fe pagos de incentivos que no eran salario y que el **DEMANDANTE** aceptó recibir para repartirlos con sus compañeros, tomando erradamente la *a quo* el valor de cada cheque como una comisión cuando en realidad iba dirigida a varias personas, además el trabajador reconoció que no cumplió la meta de ventas y por tanto no

tenía comisión. Frente el despido, indicó que se aportó con la demanda copia del formulario de desarchivo de la acción de tutela a la cual aportó los llamados de atención y memorandos originales, los cuales eran argumento suficiente para terminar con justa causa el contrato por parte de la empresa conforme su reglamento interno de trabajo y CST, por lo cual solicitó al Tribunal requerir dicha prueba para aportar los documentos que no pudo allegar al proceso en su momento (06:46 archivo “015 . 6ta Parte Aud. Art 80 C.P.T.SS Nov-08-2021 Exp. 036-2019-00364”).

#### **IV. ALEGACIONES DE SEGUNDA INSTANCIA.**

Durante el término de traslado del artículo 15 del Decreto Legislativo 806 de 2020, ningún apoderado de las partes presentó alegatos.

#### **V. SANEAMIENTO DEL PROCESO**

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

#### **VI. PROBLEMA JURÍDICO**

Determinar la naturaleza jurídica de los pagos realizados al trabajador adicionales a su remuneración de 1 SMLMV, para establecer la procedencia de la reliquidación de acreencias e indemnizaciones laborales, de otra parte, resolver la viabilidad de ordenar la indemnización por despido, conforme lo alegado en el recurso de apelación y los requisitos sustanciales previstos en el ordenamiento jurídico.

#### **VII. CONSIDERACIONES**

En el presente asunto no hay controversia que entre el demandante VIVIANA ANDREA MURILLO FERRER hoy **ANDREI FERRER MURILLO** y la demandada **BODEGAJES Y MUDANZAS STORAGE S.A.S.** existió un contrato de trabajo a término indefinido

del 21 de noviembre de 2014 al 20 de junio de 2017 (Pág. 21 a 23, 115 a 118 archivo “001. PO. Andrei Ferrer Murillo vs Storage S.A.S fl 1 al 104 Exp. 036-2019-00364”), relación que no fue discutida por las partes en litigio.

En la sentencia de primera instancia, la *a quo* declaró que hubo un contrato de trabajo del 21 de noviembre de 2014 al 20 de junio de 2017 que terminó por decisión unilateral sin justa causa del empleador condenándolo al pago de prestaciones sociales, compensación por vacaciones, indemnización por no consignación de cesantías, por despido y moratoria y en costas de primera instancia. Contra la anterior decisión **BODEGAJES Y MUDANZAS STORAGE S.A.S.** interpuso recurso de apelación.

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

- **Sobre el concepto de salario.**

El artículo 127 CST define como salario no solo la remuneración ordinaria del trabajador sino también todo lo que éste percibe como contraprestación directa del servicio, sin importar la forma o denominación dada.

La H. CSJ analizó la precitada norma, a partir de lo cual ha sostenido que es salario todo pago que real y efectivamente retribuye el trabajo por depender directamente de lo que haga o deje de hacer el trabajador, siendo eventual el uso de otros criterios como la habitualidad, permanencia, uniformidad o proporción del pago en el ingreso total para inferir su naturaleza salarial cuando no es del todo claro que sea un pago retributivo del servicio, tal y como indicó en las sentencias SL5159-2018, SL1993-2019, SL656-2021, SL692-2021, SL1662-2021, entre otras, sin que la facultad que el artículo 128 CST otorgó a las partes para excluir la incidencia salarial de unos conceptos les permita desconocer la naturaleza salarial de todo pago retributivo del servicio o que tenga causa en el trabajo prestado u ofrecido.

En el caso bajo estudio, el apoderado de la **DEMANDADA** se duele en su recurso de apelación en alegar que la Juez aplicó como prueba absoluta la confesión ficta por no asistencia del representante legal a la audiencia de conciliación, sin considerar que el **DEMANDANTE** no probó las afirmaciones de su demanda y omitió valorar las pruebas allegadas por la empresa que acreditan que los pagos realizados al trabajador eran incentivos no salariales para ser redistribuidos entre sus compañeros, además que éste reconoció que no cumplió la meta de ventas.

Sobre dicho particular, sea lo primero indicar que no le asiste razón al apoderado en su manifestación de que la *a quo* fundó sus condenas exclusivamente en la confesión ficta que se aplicó a la **DEMANDADA** conforme el artículo 77 CPTSS por la inasistencia injustificada de su representante legal a la audiencia de conciliación.

En efecto, revisado el expediente y escuchado los audios que componen el fallo de primera instancia, advierte la Sala que la Juez consideró no solo los hechos presuntamente ciertos con ocasión de la confesión ficta, sino también los pagos expresamente aceptados por la **DEMANDADA** al reconocer como ciertos los hechos 15, 16 y 17 de la demanda (Pág. 108 archivo “001. PO. Andrei Ferrer Murillo vs Storage S.A.S fl 1 al 104 Exp. 036-2019-00364”), sino que además obedece a la valoración razonable del dicho de los testigos solicitados por la empresa y el dicho del representante legal de esta.

En efecto, el señor HUGO HUMBERTO MELO BERNAL, en su calidad de representante legal, al rendir interrogatorio manifestó que el salario del **DEMANDANTE** era de 1 SMLMV, sin embargo, advirtió que pagaba *premios* a los comerciales de la empresa cuando se vendía mucho, cuando la meta del grupo comercial era alta (26:44 y 30:42 archivo “010. 1era Parte Aud. Art 80 C.P.T.SS Nov-02-2021 Exp. 036-2019-00364”).

A su vez, el testigo JUAN MEDARDO CUERVO MURCIA señaló que la **DEMANDADA** no daba comisiones sino *incentivos* a los 04 comerciales de la empresa cuando les iba bien en las ventas, ya que la empresa decidía dar ese *incentivo* cuando se cumplían todas las metas (55:54 y 57:12 archivo “010. 1era Parte Aud. Art 80 C.P.T.SS Nov-02-2021 Exp. 036-2019-00364”).

Finalmente, el testigo GABRIEL ÁNGEL MARTÍNEZ CALDERÓN informó que si había buen desempeño de la compañía se daban *reconocimientos por la labor* a los comerciales (01:19:55 archivo “archivo “010. 1era Parte Aud. Art 80 C.P.T.SS Nov-02-2021 Exp. 036-2019-00364””).

Así las cosas, las pruebas testimoniales y el interrogatorio del representante legal de la **DEMANDADA** son coincidentes en señalar que el origen de los pagos adicionales al SMLMV devengado por el trabajador correspondían al buen desempeño en ventas, siendo precisamente el **DEMANDANTE** un asesor comercial como bien reconoció la empresa y lo señalado en el contrato de trabajo y certificación laboral aportadas al proceso (Pág. 21, 115 a 118 archivo “001. PO. Andrei Ferrer Murillo vs Storage S.A.S fl 1 al 104 Exp. 036-2019-00364”).

Así las cosas, no queda duda que la fuente de dichos *incentivos* no era otra que el servicio personal prestado por el **DEMANDANTE** como asesor comercial junto a sus otros 03 compañeros de grupo, llamando la atención de que el testigo JUAN MEDARDO CUERVO MURCIA, quien también se desempeña como asesor comercial de la **DEMANDADA**, indicó que la variación de dicho pago entre los comerciales variaba según el “*sentido de obsequio de la empresa*” (01:10:35 archivo “001. PO. Andrei Ferrer Murillo vs Storage S.A.S fl 1 al 104 Exp. 036-2019-00364”), lo que sumado al dicho del **DEMANDANTE** permitió inferir a la *a quo* que al existir variación entre el monto de la *bonificación* entre los mismos comerciales, tal

circunstancia obedecía a que dicho pago retribuyó la cantidad de la gestión comercial efectuada por cada asesor comercial.

La anterior conclusión no logra ser desvirtuada con la aceptación por el **DEMANDANTE** de haber recibido cheques con valores altos porque debía dividir dicho monto entre sus compañeros asesores comerciales, porque en todo caso siempre identificó que dichos emolumentos correspondían a las bonificaciones causadas por el servicio comercial prestado por ellos, ya que el valor se dividía según lo vendido por cada uno, lo que reafirma el carácter retributivo de dicho pago (19:46 y 37:20 archivo “001. PO. Andrei Ferrer Murillo vs Storage S.A.S fl 1 al 104 Exp. 036-2019-00364”).

Así las cosas, conforme el precedente jurisprudencial relativo a la forma de identificar los pagos con naturaleza salarial, se logra inferir, de forma razonable, que los pagos efectuados al **DEMANDANTE** como *premios o bonificaciones* tuvieron causa en la forma como prestó su servicio personal como asesor comercial, lo cual permite concluir su naturaleza retributiva de la labor del trabajador y, en consecuencia, para todos los efectos deben ser considerados salario, como acertadamente lo determinó el fallo de primera instancia.

En cuanto al reproche del apoderado de la **DEMANDADA**, según el cual no era posible imputar el valor de todos los cheques que reconoció la empresa haber efectuado al **DEMANDANTE** como comisiones, advierte esta Sala que la *a quo* en ninguno de los apartes de la sentencia efectuó tal imputación al salario, por el contrario, desestimó el carácter salarial a varios de los cheques, al considerar que la finalidad de estos era realizar pagos a terceros y no directamente al hoy **DEMANDANTE**, tales como viáticos; igualmente, la sentencia no consideró los citados títulos valores relacionados con adicionales de meses en los cuales no estaba vigente la relación laboral. Por tanto, solo fueron considerados aquellos que fueron girados directamente al trabajador sin ninguna aclaración que permitiera descartar su carácter

retributivo (22:02 archivo “013. 4ta Parte Aud. Art 80 C.P.T.SS Nov-02-2021 Exp. 036-2019-00364”).

Por las precitadas consideraciones, se confirmará la decisión de declarar los valores indicados en la sentencia de primera instancia pagados por concepto de *bonificaciones, adicionales o premios* como salario.

- **Sobre la terminación del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador.**

El artículo 62 CST consagra las justas causas para terminar de manera unilateral con justa causa el contrato de trabajo, por parte del trabajador o empleador. Dicha norma señala que la parte que finaliza unilateralmente el contrato debe manifestar a su contraparte la causal o motivo de dicha decisión al momento de la extinción, sin que luego pueda alegar válidamente causas o motivos distintos, prohibición que ratificó el artículo 66 *ibídem*.

En los litigios sobre la validez de la terminación del contrato de trabajo, la H. CSJ señala que al trabajador debe acreditar el despido y al empleador la justa causa invocada, como indicó en las sentencias SL4547-2018, SL986-2019, SL1680-2019, SL2805-2020, SL816-2022, SL1639-2022, entre otras.

En el caso bajo estudio, el **DEMANDANTE** acreditó el hecho del despido, aportando la carta de terminación unilateral de su contrato de trabajo que le notificó en su momento el empleador (Pág. 22 archivo “001. PO. Andrei Ferrer Murillo vs Storage S.A.S fl 1 al 104 Exp. 036-2019-00364”), motivo por el cual correspondía a la **DEMANDADA** acreditar las justas causas alegadas.

En el trascurso del proceso, si bien en la contestación de la demanda el apoderado en ese entonces de la empresa allegó como prueba fotocopia del formato de solicitud de desarchivo de la acción de tutela en la cual, según dicha parte, se aportaron los originales de los

memorandos que motivaron el despido, también es cierto que expresamente manifestó que los iba a presentar en la audiencia de pruebas (Pág. 110 archivo “001. PO. Andrei Ferrer Murillo vs Storage S.A.S fl 1 al 104 Exp. 036-2019-00364”), lo cual finalmente nunca hizo.

Fue así como en la audiencia del 27 de julio de 2021, al momento en que se decretaron las pruebas y, valga la pena decirlo, durante toda dicha audiencia, el doctor VÍCTOR HUGO MELO ROJAS, apoderado de la **DEMANDADA**, no asistió, sin que la excusa presentada fuera tenida como validez por la Juez, conducta con la cual renunció a controvertir el decreto de pruebas en el sentido de reclamar la intervención judicial para lograr el desarchivo del proceso de tutela (13:28 archivo “008. Audiencia Art 77 del C.P.T y de la S.S Jul-27-2021 Exp. 036-2019-00364”).

Así las cosas, ante la evidente ausencia de diligencia procesal del extremo **DEMANDADO**, la Sala comparte la decisión de la *a quo* de tener por no acreditadas los motivos alegados como justa causa por la empresa al momento de terminar unilateralmente el contrato de trabajo, por cuanto no se allegó ni una sola prueba de los hechos endilgados al **DEMANDANTE**, motivo por el cual se confirmará la condena al reconocimiento de la correspondiente indemnización por despido.

Así las cosas, resueltos todos los puntos de inconformidad elevados en el recurso de apelación de la **DEMANDADA**, la Sala no encuentra mérito para revocar las condenas impuestas, motivo por el cual se confirmará la sentencia de primera instancia.

Sin costas en esta instancia.

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

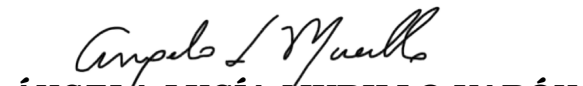
**RESUELVE**

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

**SEGUNDO: SIN COSTAS** en esta instancia.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

  
**HUGO ALEXANDER RÍOS GARAY**  
Magistrado.

  
**ÁNGELA LUCÍA MURILLO VARÓN**  
Magistrada.

  
**CARMEN CECILIA CORTES SÁNCHEZ**  
Magistrada.