

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310501220170012901
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	SOCIEDAD FIDUCIARIA POPULAR S.A. FIDUCIAR S.A., como integrantes del Consorcio de Remanentes Telecom, la cual a su vez, actúa como administrador y vocero del Patrimonio Autónomo de remanente de Telecom y Telesociadas en Liquidación – PAR.
DEMANDADO	ÉDGAR PAÚL RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

En Bogotá D. C. a los veinte (20) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la **SOCIEDAD FIDUCIARIA POPULAR S.A. FIDUCIAR S.A.** se **declare** que el señor Edgar Paúl Rodríguez Rodríguez, está obligado a reintegrar al PAR Telecom la suma de \$52'884.968, en virtud de la sentencia SU – 377 de 2014, proferida por la Corte Constitucional; condenar al pago de los intereses moratorios, liquidados a la tasa máxima fijada por la Superintendencia Financiera, liquidados desde el 12 de junio de 2014, y hasta el momento que se efectuó su pago; que se **condene** a la demandada al pago de las costas y gastos procesales.

Como hechos fundamento de las pretensiones (fº. 3 a 4), señaló en síntesis, que el señor Édgar Paúl Rodríguez Rodríguez era trabajador oficial de la Empresa

Nacional de Telecomunicaciones Telecom hoy liquidada; que posterior al retiro de la entidad, el demandado instauró acción de tutela contra el PAR Telecom, ante el Juzgado Primero Municipal de Loricá Córdoba, solicitando la inclusión dentro del plan de pensión anticipada; que mediante sentencia de fecha 1 de septiembre de 2009, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Loricá tuteló y ordenó al PAR a incluir dentro del plan de pensión anticipada al demandado y pagarle las mesadas correspondientes desde la fecha de su desvinculación real; que el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Loricá Córdoba, el 5 de octubre de 2009, confirmó la decisión del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Loricá; que el PAR dio cumplimiento al fallo de tutela, haciéndole los pagos ordenados en estas providencias; que mediante sentencia SU – 377 del 12 de junio de 2014, la Corte Constitucional revocó los fallos proferidos a favor del demandado; que el valor pagado correspondió a \$52.884.968; que esta decisión deja sin sustento jurídico la suma de dinero que se pagó al demandado por concepto de PPA, como consecuencia de ello, surge para el PAR Telecom el derecho y la obligación de obtener su restitución.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

El señor **ÉDGAR PAÚL RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ** contestó (f° 129 a 130), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que fue trabajador oficial de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom hoy liquidada; que posterior su retiro de la entidad, presentó acción de tutela contra el PAR Telecom, siendo esta de conocimiento del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Loricá Córdoba; que este despacho judicial en sentencia del 1º de septiembre de 2009, tuteló y ordenó al PAR incluirlo dentro del plan de pensión anticipada y pagarle las mesadas correspondientes desde la fecha de su desvinculación real; que esta providencia fue confirmada por el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Loricá Córdoba, el 5 de octubre de 2009; que el PAR dio cumplimiento a los fallos de tutela; que mediante sentencia SU – 377 del 12 de junio de 2014, la Corte Constitucional revocó los fallos proferidos; que por este concepto se le pagó la suma de \$52.884.968. Frente a los demás fundamentos facticos, señaló que no es cierto. Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de enriquecimiento sin causa y prescripción de la acción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 26 de mayo de 2021 (fº. 133 a 134), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a ÉDGAR PAÚL RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ de todas y cada una de las pretensiones incoadas por parte del PATRIMONIO AUTÓNOMO DE REMANENTES DE TELECOM Y TELEASOCIADOS EN LIQUIDACIÓN PAR cuyo vocero y representante es el CONSORCIO DE REMANENTES TELECOM, FIDUCIARIA POPULAR S.A.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de prescripción de la acción, relevándose de cualquier otro tipo de análisis o estudio adicional.

TERCERO: SIN CONDENAS EN COSTAS, en la instancia.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que no se encontraba en discusión que el actor fue trabajador de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom, que a través de acción de tutela, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Loricá Córdoba, ordenó al PAR incluir al demandado dentro del plan de pensión anticipada y pagarle las mesadas correspondientes, decisión que fue confirmada por el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Loricá Córdoba, y como consecuencia de ello se le había reconocido la suma de \$52.884.968, sumas de dinero que fueron puestas a disposición de estos juzgados.

Una vez establecido ello, sostuvo respecto a la excepción de inexistencia de enriquecimiento sin justa causa que, conforme la sentencia del 19 de diciembre de 2012, expediente 1999280, de la Sala de Casación de Civil de la Corte Suprema de Justicia, se presenta este enriquecimiento cuando: *i)* el obligado haya obtenido una ventaja patrimonial, *ii)* se presente un empobrecimiento correlativo, *iii)* que el enriquecimiento sea injusto *iv)* que se carezca de otra acción originada por la responsabilidad contractual y *v)* cuando se pretende soslayar una disposición imperativa de la ley.

Manifestó que, de acuerdo con lo anterior, señaló que la sentencia SU-377 de 2014, no dispuso la devolución de los dineros cancelados a favor del acto, en la medida que en esta providencia se consideró que el PAR, contaba con los instrumentos legales para lograr la devolución de lo pagado con fundamento en el enriquecimiento sin causa, en tanto la fuente de la obligación había desaparecido, como consecuencia de la revocatoria de las ordenes de tutela impartidas, por tal

razón, los pagos efectuados carecían de justificación legal y constitucional, por lo que resultaba evidente que el demandado había obtenido un provecho indebido, configurándose de esta forma, la totalidad de los presupuestado para la procedencia del enriquecimiento sin causa de su parte.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que la obligación perseguida se hizo exigible a partir de la emisión de la sentencia SU 377 de 2014, esto es desde el 12 de junio de 2014, y con la presentación de la demanda se interrumpió la prescripción a partir del 13 de marzo de 2017; sin embargo, en virtud de lo dispuesto en el artículo 94 del C.G.P., el auto admisorio de la demanda tanto solo fue remitido al demandado a través de correo electrónico el día 11 de noviembre de 2020, por lo que en los términos del artículo 9 del Decreto 806 de 2020, la notificación se entiende surtida con posterioridad a esta fecha, por ello y al no haber sido notificado el demandando dentro del año siguiente, no se logró interrumpir el termino prescriptivo.

RECURSO DE APELACIÓN

El **Patrimonio Autónomo de Remanente de Telecom y Teleasociadas en Liquidación – PAR**, presentó recurso de apelación, señalando para el efecto que el Juzgador de instancia había anuncio que la sentencia SU-377 de 2014, había quedado ejecutoriada a partir del año 2014, cuando esta fue proferida; sin embargo, se debe tener en cuenta que el PAR Telecom presentó solicitud de aclaración, por lo tanto, se deben contabilizar los términos a partir de la ejecutoria del Auto 503 proferido el 22 de julio de 2015.

CONSIDERACIONES

La Sala, en atención al principio de consonancia establecido en el artículo 66-A del CPTSS, resolverá el recurso en estricto sentido a lo que fue materia de alzada, acorde con las inconformidades planteadas por el apelante, así como en el grado jurisdiccional de consulta en su favor en lo no apelado, de conformidad con el precepto 69 de la misma codificación.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a determinar si se encuentra probada o no la excepción de prescripción propuesta por la parte demandada.

En el presente asunto no es materia de discusión, por así haber sido aceptado en la contestación de la demanda, los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor Édgar Paul Rodríguez fue trabajador de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom; *ii)* que a través de acción de tutela, el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Loricá Córdoba, ordenó al PAR incluirlo dentro del plan de pensión anticipada PPA y pagarle las mesadas correspondientes; *iii)* que la anterior decisión fue confirmada por el Juzgado Promiscuo de Familia del Circuito de Loricá Córdoba; y *iv)* que como consecuencia de las ordenes impartidas en las acciones de tutela, al convocado a juicio se le reconoció la suma de \$52.884.968.

RESTITUCIÓN DE SUMAS DE DINERO

Lo primero que se debe resaltar es que en virtud de la orden impartida el 1º de septiembre de 2009, por parte del Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Loricá - Córdoba, confirmada en su integridad por el Juzgado Promiscuo de Familia de Loricá, el señor Édgar Paul Rodríguez Rodríguez fue incluido en el Plan de Pensiones Anticipadas en cumplimiento de esta acciones de tutela y como consecuencia de ello, le fue reconocido al aquí demandado, por concepto de mesadas pagadas por nomina, la suma de \$21`755.706 y por retroactivos por depósito judicial la suma de \$31`129.262, lo anterior, conforme se extrae de la certificación de fecha 6 de mayo de 2016, la consulta de estado de pagos a terceros y comprobante de depósitos judiciales (fº 62 a 77).

La Corte Constitucional a través de la sentencia SU-377 de 2014, dispuso revocar, en lo que interesa a este juicio, la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Loricá, Córdoba el 1º de septiembre de 2009 y, en segunda instancia, la dictada por el Juzgado Promiscuo de Familia de Loricá, Córdoba el 5 de octubre de 2009, para en su lugar declarar improcedente el amparo invocado por Édgar Paúl Rodríguez Rodríguez (fº 97 y 129).

Esta misma corporación, al resolver una solicitud de aclaración y adición de esta sentencia, en el punto 5.5.4. del auto 503 de 22 de octubre de 2015, sostuvo que, aunque en la sentencia de unificación no se ordenaba la restitución de las sumas de dinero entregadas, las entidades encargadas de la administración del Patrimonio Autónomo de Remanentes de Telecom, estaban facultadas para reclamar el restablecimiento de esos dineros, en tanto la fuente de la obligación había desaparecido, pues *«bastaba con revocar todas las ordenes de las sentencias de instancia para entender que los pagos efectuados en virtud de las mismas carecen de justificación legal*

y constitucional, por lo que la restitución de las cosas al estado inicial debe procurarse mediante los mecanismos dispuestos en el ordenamiento jurídico para ello».

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, en sentencia CSJ SL8211-2016, respecto de las medidas adoptada en cumplimiento de las ordenes proferidas en las acciones de tutela, sostuvo lo siguiente:

Si bien es cierto es posible que en la providencia mediante la cual se revoca la de primera instancia, se tomen algunas otras determinaciones, que deberán ser cumplidas, la falta de un pronunciamiento sobre ellas no puede ser suplida por otra autoridad judicial (salvo por la Corte Constitucional, al revisar las decisiones sometidas a su consideración), de suerte que la revocación de la providencia producirá como lógica consecuencia que no siga produciendo efectos y que las medidas adoptadas en ella pierdan toda eficacia.

Conforme lo anterior, y sin entrar a definir los elementos constitutivos de la *actio in rem verso*, no cabe duda alguna que le asiste derecho al Patrimonio Autónomo de Remanente de Telecom y Teleasociadas en Liquidación – PAR, a que el convocado a juicio restituya las sumas de dinero indebidamente reconocidas y pagadas como consecuencia de su inclusión en el Plan de Pensión Anticipado, debido a que, al perder efecto jurídico las sentencias de tutela proferidas por los juzgados Primero Promiscuo Municipal y Promiscuo de Familia de Loricá, Córdoba, con ocasión del pronunciamiento de la máxima corporación de la jurisdicción constitucional, quedó sin fundamento las obligaciones que de allí se derivan, surgiendo como consecuencia lógica, la obligación del ex trabajador de restituir los dineros indebidamente reconocidos y pagados, máxime, cuando el presente asunto no giró en torno a establecer si al demandado le asistía derecho a no al reconocimiento de la prestación que dio origen al reconocimiento de esta suma de dinero, pues este particular asunto no fue objeto de la fijación del litigio, ni de demanda de reconvención por parte del señor Rodríguez, por lo que resulta claro para esta Sala de Decisión que, se ha quebrantando el principio general del derecho, según el cual nadie puede incrementar su patrimonio sin razón justificada en detrimento de otro.

PRESCRIPCIÓN

En relación con la excepción de prescripción que presentó el demandado, ha de indicarse que, en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en concordancia con el artículo 488 del CST, las acciones que emanan de las leyes sociales prescriben en tres años, contados desde que la respectiva obligación se hubiese hecho exigible.

Con la finalidad de establecer la procedencia de la excepción de prescripción, se debe tener en cuenta que, la Corte Constitucional a través de la sentencia SU-377 de 2014, dispuso revocar, en lo que interesa a este juicio, la sentencia proferida en primera instancia por el Juzgado Primero Promiscuo Municipal de Lórica, Córdoba el 1º de septiembre de 2009 y, en segunda instancia, la dictada por el Juzgado Promiscuo de Familia de Lórica, Córdoba el 5 de octubre de 2009, para en su lugar declarar improcedente el amparo invocado por Édgar Paúl Rodríguez Rodríguez (fº 97 y 129).

Acorde con lo anterior, se tiene entonces que la promotora del presente juicio encausa las suplicas de su demandada a partir de lo decidido por la Corte Constitucional a través de la sentencia SU-377 de 2014; por lo tanto, considera esta sala de decisión que los derechos que se derivan a favor del PAR Telecom con la sentencia de unificación aludida, se hacen exigibles a partir de la fecha en la que esta providencia quedada debidamente ejecutoriada.

Por tal razón, y con la finalidad de dilucidar la fecha en la cual la sentencia SU-377 de 2014, adquirió firmeza, se debe tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 302 del C.G.P., que para el efecto señala:

ARTÍCULO 302. EJECUTORIA. Las providencias proferidas en audiencia adquieren ejecutoria una vez notificadas, cuando no sean impugnadas o no admitan recursos.

No obstante, cuando se pida aclaración o complementación de una providencia, solo quedará ejecutoriada una vez resuelta la solicitud.

Las que sean proferidas por fuera de audiencia quedan ejecutoriadas tres (3) días después de notificadas, cuando carecen de recursos o han vencido los términos sin haberse interpuesto los recursos que fueren procedentes, o cuando queda ejecutoriada la providencia que resuelva los interpuestos.

Si bien, la sentencia SU-377 de 2014 fue proferida el 12 de junio de 2014, ello no quiere decir que a partir de esta data esta providencia cobre ejecutoria, debido a que, por un lado, en los términos de la norma en cita, por no proceder recurso alguno frente a esta decisión, la misma solo quedaba ejecutoriada 3 día después de realizada la correspondiente notificación. A pesar de lo anterior, se debe hacer notar que, tal y como acertadamente lo reseñó la recurrente, respecto a esta decisión el PAR Telecom a través de su apoderada, solicitó la aclaración y adición de esta providencia, petición que fue resuelta a través del Auto 503 de 2015 (fº 87 a 94), por ello, la sentencia

proferida por la Corte Constitucional, solo cobra ejecutoria dentro de los 3 días siguientes a la fecha de notificación del auto que resolvió la petición de aclaración.

Sobre el particular, se tiene que dentro del plenario, no reposa prueba alguna que demuestre con certeza la fecha en la que se realizó la notificación de este proveído a las partes involucradas, entre las que se encuentran los hoy son contendientes en este asunto; por lo tanto, al desconocerse la fecha en la que se surtió este actuación procesal, se deberá tomar como fecha de ejecutoria el 27 de octubre de 2015, fecha que corresponde al vencimiento a los 3 días hábiles siguientes de la fecha en la que se profirió esta providencia.

Decantado lo anterior, tal y como lo dispone el artículo 94 del CGP, la presentación de la demanda interrumpe el término para la prescripción e impide que se produzca la caducidad siempre que el auto admisorio se notifique al demandado dentro del término de un (1) año contado a partir del día siguiente de la admisión de la demanda.

De acuerdo con ello, se deberá establecer con exactitud la fecha en la que se produjo la notificación del auto admisorio al demandado. Para tal efecto, se observa que el Juzgado de conocimiento dando aplicación a lo dispuesto en el artículo 8 del Decreto 806 de 2020, envió mensaje de datos a la dirección electrónica edgar.paul1959@yahoo.com.co, el día 11 de noviembre de 2020, anexando para el efecto el escrito inaugural, sus anexos, auto admisorio de la demanda de fecha 3 de mayo de 2017, entre otros, sin que se haya generado constancia de apertura de la comunicación o acuse de recibido, lo que impide acreditar a ciencia cierta, la fecha en la que se produjo la notificación de este auto, pues se debe tener en cuenta que la Corte Constitucional en la sentencia C-420 del 24 de septiembre de 2020, declaró exequible en forma condicionada el artículo 8° ibidem, al sostener:

En consecuencia, la Corte declarará la exequibilidad condicionada del inciso 3 del artículo 8° y del párrafo del artículo 9° del Decreto Legislativo sub examine en el entendido de que el término de dos (02) días allí dispuesto empezará a contarse cuando el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje.

A pesar de lo anterior, no se puede perder de vista que el convocado a juicio, el día 25 de noviembre de 2020, a través de apoderado judicial, presentó contestación a la demanda (f° 129 y 130), lo que demostró su pleno conocimiento de la existencia del proceso; por lo tanto, en los términos del literal e) del artículo 41 del CPTSS,

reformado por el artículo 2º de la Ley 712 de 2001, se debe entender notificado por concluyente a partir de esa data.

Dilucidado lo anterior, tenemos entonces que el demandado señor Rodríguez, tan solo fueron notificadas hasta el día 25 de noviembre de 2020, es decir, pasados más de 3 años a la admisión de la demanda. Por tal razón, en los términos del artículo 94 del C.G.P., la prescripción tan solo se interrumpe con la notificación del auto admisorio, fecha para la cual habían transcurrido más de 5 años, desde la fecha de exigibilidad del derecho pretendido, esto es, el 27 de octubre de 2015, lo que permite concluir que la excepción de prescripción esta llamada a prosperar, tal y como lo declaró el juez de primer grado; en consecuencia, se deberá confirmar la sentencia apelada.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo del demandante Sociedad Fiduciaria Popular S.A. Fiduciar S.A., como integrantes del Consorcio de Remanentes Telecom, quien a su vez, actúa como administrador y vocero del Patrimonio Autónomo de remanente de Telecom y Teleasociadas en Liquidación – PAR, como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

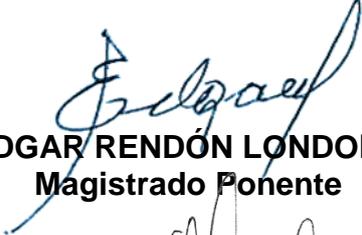
En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, el 26 de mayo de 2021, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la Sociedad Fiduciaria Popular S.A. Fiduciar S.A., como integrantes del Consorcio de Remanentes Telecom, quien a su vez, actúa como administrador y vocero del Patrimonio Autónomo de remanente de Telecom y Teleasociadas en Liquidación – PAR.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la Sociedad Fiduciaria Popular S.A. Fiduciar S.A., como integrantes del Consorcio de Remanentes Telecom, quien a su vez, actúa como administrador y vocero del Patrimonio Autónomo de remanente de Telecom y Teleasociadas en Liquidación – PAR, la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105012202000060-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	JOSÉ MIGUEL ALVARADO BESTENE
DEMANDANDO	CAJA DE AUXILIOS Y DE PRESTACIONES DE ACDAC-CAXDAC

En Bogotá D. C. a los veinte (20) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **José Miguel Alvarado Bestene** se condene a la demandada a reliquidar su pensión tomando como base y monto máximo de la prestación el 75% del salario promedio denegado en el último año de servicios, sin aplicarle el tope fijado en la Ley 100 de 1993, en los términos del Decreto 60 de 1973 y el artículo 1° del Decreto 1302 de 1994, y demás normas concordantes, al pago de las diferencias desde la data de reconocimiento de su pensión y hasta que se actualice su mesada en la nómina, a la indexación de esas sumas, y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.° 1-2 exp físico), señaló que la Caja de Auxilios y de Prestaciones de Acdac- Caxdac el 30 de noviembre de 2002, le

reconoció una pensión liquidada con una tasa de reemplazo del 75% del salario promedio mensual devengado en el último año de servicios, arrojando una mesada inicial de \$6.180.000 porque ese era el tope máximo legal de esa época según el artículo 18 de la Ley 100 de 1993; que su IBL era de \$10.055.859 según daba cuenta el acto administrativo de reconocimiento pensional; que su prestación no podía ser limitada a tope, porque él hacía parte de los beneficiarios del régimen de transición de los aviadores civiles de que trataba el artículo 3 y 4 del Decreto 1282 de 1994, este último modificado por el artículo 1 del decreto 1302 de 1994; y que agotó la reclamación administrativa.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La Caja de Auxilios y de Prestaciones de Acdac- Caxdac contestó la demanda (f.º 41 exp físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. Expuso que Caxdac es una caja del sector privado que de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 52 de la Ley 100 de 1993, tiene el carácter de entidad Administradora de Pensiones del Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida de los Aviadores Civiles Pilotos o Copilotos, sometida a la vigilancia y control de la Superintendencia Financiera de Colombia; que se rige por normas especiales dentro de los lineamientos de la Ley y las entidades reguladoras de la materia pensional, en especial la Ley 100 de 1993.

En cuanto a los hechos, aceptó que al actor se le reconoció pensión de jubilación a partir del 30 de noviembre de 2002, en cuantía inicial de \$6.180.000, la cual se había calculado sobre el tope máximo legal permitido, esto era, 20 MMLVS, conforme el parágrafo 3 del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, y el artículo 2 del decreto 314 de 1994; que el demandante era beneficiario del régimen de transición dispuesto en los artículos 3 y 4 del Decreto 1282 de 1994; que el reconocimiento pensional que CAXDAC efectuó se encontraba ajustado a los topes determinados por el legislador.

Formuló como excepción previa la de falta de integración del contradictorio, necesidad de vincular al empleador Avianca S.A. y pleito pendiente. Y de fondo, las de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, carencia de respaldo normativo, buena fe, prescripción, compensación, principio de legalidad en aplicación del artículo 2 del Decreto 314 de 1994, en armonía con el artículo 18 de la Ley 100 de 1993 a favor de CAXDAC, y la genérica.

El Juzgado 12 Laboral del Circuito de Bogotá, mediante auto del 23 de noviembre de 2020 (f.º 43 exp físico), ordenó vincular como litisconsorcio necesario a Aerovías del Continente Americano S.A. – AVIANCA S.A., entidad que una vez notificada contestó la demanda (f.º 50-56 exp físico), señalando que era procedente oponerse a las pretensiones de la demanda porque no estaban dirigidas en su contra, y solo aceptó que el actor era pensionado por jubilación; frente a los demás, expuso que no le constaban por corresponder a un tercero.

Sostuvo que, tuvo con el actor una relación laboral entre el 7 de mayo de 1980, y el 19 de enero de 2018, fecha en que este finalizó con justa causa; que en su calidad de empleador cumplió con todas sus obligaciones incluyendo los aportes a pensiones; que no es la obligada a reliquidar prestaciones pensionales. Propuso como excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, compensación y buena fe.

El *A quo* en audiencia celebrada el 25 de junio de 2021, declaró no probadas las excepciones propuestas como previas.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 25 de agosto de 2021 (archivo 160-163 exp. Físico), resolvió absolver a la demandada y a la vinculada de las pretensiones de la demanda, y condenó en costas al actor.

El *a quo* fijó como problema jurídico, determinar si el señor José Miguel Alvarado Bestene tenía derecho a la reliquidación de la pensión otorgada, en caso de ser afirmativo, verificar si había lugar a reconocer retroactivo pensional y la indexación. Al respecto, señaló que en este caso no había discusión, en que el actor era pensionado por Jubilación de CAXDAC a partir del 30 de noviembre de 2002, en cuantía de \$6.180.000, y que es beneficiario del régimen de transición.

Explicó que, CAXDAC pese a ser una entidad privada tiene a su cargo la administración del régimen de prima media con prestación definida en los términos dispuestos en el Decreto 1015 de 1956, Ley 32 de 1961, Decreto reglamentario 60 de 1973, y los Decretos Legislativos 1282, 1283, 1285 y 1302 de 1994, expedidos por el Gobierno Nacional en ejercicio de las facultades extraordinarias otorgadas en el artículo 139 de la Ley 100 de 1993.

Expuso que, la pretensión del actor era básicamente que se le aplicara el artículo 4 del Decreto 1282 de 1994 modificado por el Decreto 1302 de igual año, el cual señalaba: *«los aviadores civiles beneficiarios del Régimen de Transición, tendrán derecho al reconocimiento de su pensión de jubilación conforme al régimen que se venía aplicando, esto es, el Decreto 60 de 1973, a cualquier edad cuando hayan cumplido veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, en empresas que estén obligadas a efectuar aportes a Caxdac. Así mismo, se mantendrán las condiciones de valor y monto máximo de la pensión anteriormente aplicables, es decir, el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios».*

Indicó que, para la fecha de expedición del Decreto 1282 de 1994, el actor no tenía un derecho adquirido pues solo tenía una expectativa pensional al ser beneficiario del régimen de transición; que este se materializó a la data en que se le reconoció su pensión de jubilación, esto es, 30 de noviembre de 2002.

Consideró que, de la sola lectura de la norma en cita, no se evidenciaba que la cuantía de la prestación de jubilación se hubiese limitado a un tope; no obstante, dado que CAXDAC era una administradora del régimen de prima media y los recursos que administraba eran de carácter parafiscal conforme el Decreto 1283 de 1994, debía hacerse una interpretación armónica con el ordenamiento jurídico.

Manifestó que, las pensiones reconocidas por la demandada tenían su principal fuente en los aportes realizados por los empleadores; que revisado el material probatorio se observaba que Avianca S.A., había realizado los aportes del actor a partir de abril de 1994, con fundamento en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, el cual establecía que el límite en la base de cotización eran 20 SMMLV, y el último aporte realizado al actor lo fue para el 12 de diciembre de 2002, reportando como IBC \$6.180.000, lo que no se podía

desconocer porque sobre estos aportes era que se debía financiar la prestación de jubilación y Caxdac no podía desconocerlo para reconocer pensiones superiores a dicho monto.

Advirtió que, tampoco se podía desconocer el tema de los topes máximos pensionales por que Caxdac tenía que velar por los recursos que administraba, y esa medida era su obligación aplicar los topes señalados en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, original, en su calidad de integrante del régimen de prima media. En consecuencia, concluyó que no le asistía razón al actor al pretender que su pensión de jubilación se reliquidara sin reconocer el tope pensional, por lo que absolvería de las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

El demandante interpuso recurso de apelación argumentando que no había discusión en que era beneficiario del régimen de transición de los aviadores civiles, por ende, debía aplicársele el Decreto 60 de 1973, que determino el tiempo, monto y tasa de reemplazo de la pensión sin que se fijara un tope a la mesada pensional que se reconociera.

Consideró que, la interpretación armónica que el *a quo* realizó de los Decretos Legislativos 1282, 1283, 1285 y 1302 de 1994, con la Ley 100 de 1993, para avalar el tope de 20 SMMLV a la pensión del actor, era errada porque esa armonización se había realizado con la expedición de los Decretos 1282 y 1283 de 1994, y porque como se había explicado en la sentencia CC C-058 de 2013 las prestaciones pensionales que no tenían tope debían limitarse a 25 SMMLV, siendo este el caso del aquí demandante.

Citó en extenso la sentencia CSJ SL, 16 may 2006, rad. 23295, en la que básicamente se estableció que el sistema general de pensiones establecido en la Ley 100 de 1993 aplicaba para los aviadores civiles, «*salvo aquellos que se encuentran cobijados ya por el régimen de transición*», lo que también se había reiterado entre otras en sentencia SL15717-2015, por ende, no se podían armonizar las normas referidas.

Insistió en que, existía un grupo de aviadores a los cuales se les debía respetar el régimen anterior a 1994 por virtud del régimen de transición, y que estos estaban excluidos de la Ley 100 de 1993, por ende, debía aplicársele la sentencia CC C-058 de 2013, pues lo que busca es que se le aplique el tope de 25 SMMLV.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante, en estricta aplicación del principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si el actor por ser beneficiario del régimen de transición regulado en los artículos 3 y 4 del Decreto 1282 de 1994, tiene derecho a que su pensión de jubilación se liquide de acuerdo con el régimen de los aviadores civiles consagrado en el Decreto 60 de 1973, sin aplicar tope pensional.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor **José Miguel Alvarado Bestene** laboró para Avianca S.A., desde el 27 de agosto de 1979, hasta el 15 de enero de 2018; *ii)* que mediante comunicación del 30 de enero de 2003, CAXDAC le reconoció pensión de jubilación a partir del 30 de noviembre de 2002, en cuantía de \$6.180.000 «*tope máximo vigente a la fecha de reconocimiento, ya que el 75% del salario promedio mensual devengado en el último año de servicios, que Ascencio a \$10.055.859 segun certificación de enero 15 de 2003, de la empresa Avianca, excede esa suma*»; y *iii)* que el demandante es beneficiario del régimen de transición regulado en los artículos 3 y 4 del Decreto 1282 de 1994.

Para resolver el interrogante, empieza la Sala por advertir que conforme el artículo 1° del Decreto 1282 de 1994, el Sistema General de Pensiones contenido en la Ley 100 de 1993, aplicaba a los aviadores civiles, excepto a quienes estuviesen cobijados por el régimen de transición y las normas especiales previstas en esa regulación; seguidamente

en los artículos 3 y 4 estableció los requisitos para ser beneficiario del régimen de transición y los beneficios que quedarían protegidos, así:

ARTÍCULO 3°. RÉGIMEN DE TRANSICIÓN DE LOS AVIADORES CIVILES. Los aviadores civiles, tendrán derecho a los beneficios del régimen de transición de que trata el presente artículo, siempre que al 1° de abril de 1994 hayan cumplido cualquiera de los siguientes requisitos:

a) Haber cumplido cuarenta (40) o más años de edad si son hombres, o treinta y cinco (35) o más años de edad si son mujeres;

b) Haber cotizado o prestado servicios durante diez (10) años o más.

ARTÍCULO 4°. BENEFICIOS DEL RÉGIMEN DE TRANSICIÓN. modificado por el artículo 1 del Decreto 1302 de 1994. Los aviadores civiles beneficiarios del Régimen de Transición, tendrán derecho al reconocimiento de su pensión de jubilación conforme al régimen que se venía aplicando, esto es, el Decreto 60 de 1973, a cualquier edad cuando hayan cumplido veinte (20) años de servicios continuos o discontinuos, en empresas que estén obligadas a efectuar aportes a Caxdac. Así mismo, se mantendrán las condiciones de valor y monto máximo de la pensión anteriormente aplicables, es decir, el 75% del promedio de lo devengado en el último año de servicios.

Podrán acumularse tiempos de servicios en otras empresas de transporte aéreo. Se exceptúa el tiempo laborado en empresas aportantes a Caxdac que se hayan disuelto, en el tiempo correspondiente a la porción no pagada del cálculo actuarial a Caxdac.

PARÁGRAFO. Cuando se trate de aviadores que hayan estado vinculados a varias empresas, cada empresa ajustará su participación en el cálculo actuarial, de modo que todas cubran su porción al salario promedio del último año.

De lo anterior, se colige por parte de la Sala que los aviadores pasaron a ser beneficiarios del régimen general de pensiones de la Ley 100 de 1994, con la salvedad de aquellos que fuesen beneficiarios del régimen de transición, pues en efecto el Decreto 1282 de 1994, estableció un régimen de transición, para quienes, al 1 de abril de 1994 tenían, o determinada edad (40 o más años para los hombres, y 35 o más años para las mujeres) o más de diez años de servicios, quienes tendrían derecho al reconocimiento de su pensión de jubilación conforme al régimen que se venía aplicando, esto es, el Decreto 60 de 1973, pero solo, respecto de la edad, tiempo de servicios, tasa de reemplazo, y conformación del IBL.

Los demás aspectos que el régimen de transición no protegió, deben ceñirse a la norma, esto es, Ley 100 de 1993, dado que, primero el régimen de transición no es un aspecto separado o excluido de la Ley 100 de 1993, sino una regulación que hace parte

del sistema de seguridad social en pensiones, a través de la cual se pretende la protección de las expectativas de un grupo poblacional que estaba próximo a adquirir la pensión y que por razón de un cambio de legislación corría el riesgo de ver frustradas esas expectativas.

Lo anterior, porque a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993, los derechos pensionales de los aviadores civiles pasaron a ser regulados por esta norma, y fue precisamente la mencionada Ley 100 la que en el numeral 2° de su artículo 139, permitió que a través de facultades extraordinarias dadas al Presidente de la República, se armonizaran y ajustaran las normas que sobre pensiones regían para los aviadores civiles.

Fue así que, el Presidente de la República a través del Ministro de Gobierno Delegatario, del Ministro de Hacienda y Crédito Público, y del Ministro de Trabajo y Seguridad Social, expidieron los Decretos 1282 y 1283 de 1994 por medio de los que establecieron el «*régimen pensional de los Aviadores Civiles*», y el «*régimen de la Caja de Auxilios y de Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles Caxdac*», respectivamente, en donde se consagró que estos gozaban de una amplia libertad de configuración normativa para proteger las expectativas legítimas de las personas que estaban próximas a pensionarse, pudiendo decidir que condiciones conservan del régimen anterior, quedando las demás sometidas a la nueva Ley. Tal es el caso de los beneficiarios del régimen de transición, a quienes el legislador mantuvo cuatro puntuales aspectos de la ley anterior -edad, tiempo de servicios, tasa de reemplazo, y conformación del IBL-, dejando todo lo demás a lo que al efecto dispusiera la Ley 100 de 1993, lo que incluye el tope pensional.

Y Segundo, por cuanto el mismo del Decreto 1282 de 1994, en su artículo 9º, estipuló que la base y el monto de las cotizaciones de los aviadores civiles activos sería el definido en los artículos 18 y 20 de la ley 100 de 1993, en su versión original, pues para esa data no había nacido a la vida jurídica la Ley 797/03. Dichos preceptos, señalaban que cuando se devengara mensualmente más de 20 SMMLV, la base de cotización podría ser limitada a dicho monto por el Gobierno Nacional, lo que así se hizo conforme

el Decreto 314 de 1994, «Por el cual se limita la base de cotización obligatoria del Sistema General de Pensiones», en donde se dispuso:

*Artículo 1º Límite de la base de cotización obligatoria. **Limitase a 20 salarios mínimos legales mensuales, la base de cotización al Sistema General de Pensiones, creado por la Ley 100 de 1993.** Las cotizaciones de los trabajadores cuya remuneración se pacte bajo la modalidad de salario integral se liquidará sobre el 70% de dicho salario, hasta el límite establecido en el inciso anterior.*

*Artículo 2º Monto de las pensiones en el Régimen Solidario de Prima Media con Prestación Definida. **En desarrollo del parágrafo tercero del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, el monto de las pensiones de vejez, de invalidez y de sobrevivientes, para los afiliados al Régimen Solidario de Prima Media con prestación Definida, no podrá ser superior a veinte (20) salarios mínimos legales mensuales.** (Subrayado y negrillas fuera del texto original).*

En este orden, al ser la Caja de Auxilios y de Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles Caxdac, una administradora del Régimen de Prima Media con Prestación Definida le es totalmente aplicable lo estipulado en los artículos 18 y 20 de la ley 100 de 1993 original y Decreto 314 de 1994, pues a dichas disposiciones remiten el propio Decreto 1282/94, en su precepto 9º, como quedó visto en líneas precedentes; además, recordemos que esta solo quedó obligada al pago de las pensiones ya reconocidas, y de las que reconozca debido al régimen de transición o del régimen de pensiones especiales transitorias.

De otro lado, las pensiones reconocidas por esta entidad, entre otros recursos, se financian con las cotizaciones a cargo de las empresas y/o empleadores y de los afiliados conforme a la Ley 100 de 1993 (literal c) del artículo 3 del Decreto 1283 de 1994), lo que implica que las cotizaciones realizadas con un límite de 20 SMMLV, son las que van a soportar la prestación del pensionado, siendo lógico entonces que su pensión se reconozca sobre ese tope pensional.

Y aun en el hipotético caso de llegar a pensarse que no existía norma que regulara el tema del tope pensional para los Aviadores Civiles a la fecha en que el actor causó su derecho pensional -30 de noviembre de 2002-, debe acudir a lo establecido en el artículo 8 de la Ley 153 de 1887, esto es, que «Cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos ó materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho», lo cual permite acudir a

la norma general que regula el régimen pensional, que sin duda alguna, es la Ley 100 de 1993.

Con fundamento en lo anterior, esta Sala señala que el tope pensional de los beneficiarios del régimen de transición consagrado en los artículos 3 y 4 del Decreto 1282 de 1994, es el establecido en el parágrafo 3 del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, porque este no fue incluido entre las condiciones que protegió el régimen de transición y a esa normativa remite el artículo 9 del Decreto 1282/94; además, por cuanto ante la existencia de un presunto vacío normativo en la materia, debía acudirse a la regla general.

No sobra agregar que, el artículo 279 de la Ley 100 de 1993, no incluyó, dentro de las personas exceptuadas de su aplicación, a Aviadores Civiles, por el contrario, a través del Decreto 1282 de 1994, se incorporó a estos al Sistema General de Pensiones, a partir del 1º de abril de 1994.

Ahora bien, de las pruebas documentales allegadas por la demandada se encuentra a folios 11-12 del CD 2 del expediente físico, el extracto de semanas cotizadas por el señor José Miguel Alvarado Bestene, entre abril de 1994, y diciembre de 2002, evidenciándose que en el último año de servicios, cotizó así:

Periodo		IBC	SMMLV	20 SMMLV
desde	Hasta			
01/11/2001	31/12/2001	5.719.999	286.000	5.720.000
01/01/2002	30/11/2011	6.180.000	309.000	6.180.000

De lo anterior, resulta palmario que las cotizaciones realizadas por el actor a Caxdac lo fueron conforme el artículo 18 de la ley 100 de 1993, original y artículo 1º del Decreto 314 de 1994; luego, para la Sala no cabe duda que su prestación sí estaba sujeta al tope pensional establecido en el parágrafo tercero del artículo 18 de la Ley 100 de 1993.

En este punto, es oportuno traer a colación la sentencia CC-073 de 2019, donde se estudió el tope pensional de una prestación de jubilación reconocida en virtud del régimen de transición aplicando el régimen especial establecido en el Decreto 546 de

1971, el cual no establecía límite para el pago de las pensiones de los funcionarios de la Rama Judicial y el Ministerio Público, concluyendo que debía aplicársele el tope pensional de 20 SMLMV, dispuesto por el Decreto 314 de 1994, por cuanto de no hacerlo traería como consecuencia un sistema de privilegios a unos pocos que estarían en una posición favorable frente al resto de los afiliados, lo que quebrantaba principios estructurales del sistema, desconocía justicia distributiva y la solidaridad que debe conducir el Sistema General de Pensiones. En dicha providencia se dijo:

102. A su turno, la Corte Constitucional ha señalado que el derecho a la pensión adquirido en virtud de la extensión de los regímenes especiales no impide el reconocimiento y reliquidación pensional con limitación, por cuanto prevalecen los principios de igualdad, sostenibilidad financiera del sistema, interés general y distribución equitativa de los recursos limitados del Sistema de Seguridad Social.

*103. Es por eso que esta Corporación, en reiteradas oportunidades, ha señalado que los topes pensionales constituyen un límite establecido por el legislador para el pago de las mesadas pensionales, inclusive, para aquellas reconocidas con fundamento en el régimen de transición, de tal suerte, que resultaría contradictorio que una autoridad judicial interprete una mesada pensional por el hecho de ser especial, sin límite de cuantía. Con todo, la Corte Constitucional ha señalado que **“en caso de que las normas especiales de tales regímenes no dispusieran un límite cuantitativo para las mesadas, debía aplicarse el tope señalado en las reglas generales, específicamente en la Ley 100 y las disposiciones que la modifican en lo pertinente”**. (negrilla y subraya fuera del texto original)*

104. Es así como la jurisprudencia constitucional ha sido enfática en señalar que los derechos pensionales reconocidos en virtud de la transición se encuentran sujetos a los mencionados topes, pese a que la norma del régimen especial no hubiere dispuesto, de manera expresa, limitación alguna para el reconocimiento y pago de la prestación aludida. Esta postura, puede resumirse de la siguiente manera:

105. En la sentencia C-089 de 1997, esta Corporación fijó de manera inequívoca su postura frente a la aplicación del monto máximo de 20 smimv para el reconocimiento de la pensión previsto en la Ley 100 de 1993, a los servidores públicos excluidos del régimen general de pensiones. Esta regla fue adoptada porque “una interpretación diferente, conduciría a la existencia de un grupo de pensionados privilegiados, excluidos [sic] de los límites máximos que la ley ha previsto para el reconocimiento y valor de las pensiones”.

106. En la sentencia C-155 de 1997, este Tribunal Constitucional sostuvo que es legítimo que la ley señale un límite máximo al monto de la pensión, sin que por ello el derecho a la seguridad social se entienda conculcado. Las prerrogativas que la Constitución establece en favor de los pensionados no pueden privar al legislador de la fijación de mínimos y máximos para las pensiones en ejercicio de su competencia de interpretar, modificar, derogar y sustituir leyes, toda vez que estos límites concretan la garantía de los recursos existentes para el pago del pasivo pensional, con asignación preferente a quienes se encuentran en escala económica inferior.

*107. En la sentencia C-258 de 2013, esta Corporación reiteró que “los **topes pensionales** son un límite existente desde antes de la expedición el (sic) Acto Legislativo 01 de 2005 y*

que su incorporación en el texto superior mediante su artículo 48 busca establecer los topes **“para todas las mesadas pensionales con cargo a los recursos de naturaleza pública”**, con el fin último de “limitar y reducir los subsidios que el Estado destina a la financiación de las pensiones más altas, muchas de ellas originadas en los regímenes **pensionales especiales vigentes antes de la expedición de la Ley 100 de 1993**” (negrillas y subrayas propias del texto). Así las cosas, resulta “desproporcionado y contrario a los principios constitucionales del Estado Social de Derecho y a los que inspiran el sistema general de pensiones, la interpretación conforme a la cual las mesadas de quienes se encuentran en transición no están sujetas a tope”.

108. Así mismo, en esa oportunidad la Corte aclaró que: i) el régimen de transición no estableció un derecho autónomo, sino por el contrario una expectativa legítima; ii) los derechos de los particulares deben ceder ante el interés público o social cuando entren en conflicto con una ley expedida por motivo de utilidad pública o interés social y; iii) el artículo 58 de la Constitución y el Acto Legislativo 01 de 2005, únicamente protegen los derechos pensionales que no hayan sido obtenidos con fraude a la ley o en abuso del derecho.

109. Así mismo, en la sentencia SU-210 de 2017, este Tribunal Constitucional recordó que “los topes en las mesadas pensionales han sido consagrados, al menos, desde la Ley 4ª de 1976, la Ley 71 de 1988 y la Ley 100 de 1993, así, en las Sentencias C-089 de 1997 y C-155 de 1997, esta Corporación señaló que cuando las normas especiales de los regímenes anteriores a la Ley 100 de 1993, no disponían de un límite cuantitativo para las mesadas, lo procedente era aplicar el tope”.

110. En línea con lo anterior, esta Corte, de manera reciente, en la sentencia T-360 de 2018, señaló que “debido a que los topes pensionales han sido una constante en el ordenamiento jurídico, resultaría contradictorio que, por ejemplo, una autoridad judicial interprete que una mesada pensional por el hecho de ser especial, tiene una cuantía ilimitada”. Así, recordó el marco jurídico sobre topes pensionales en la jurisprudencia constitucional en los siguientes términos:

“(i) Siguiendo el Acto Legislativo 01 de 2005, la Sentencia C-258 de 2013 impuso un tope para todas las mesadas pensionales con cargo a los recursos públicos; (ii) estos límites abarcan a pensiones reconocidas en virtud del régimen de transición; (iii) **cuando una mesada pensional no tiene un tope específico deben aplicarse las reglas generales, Ley 100 de 1993** y las disposiciones que la modifican, en todo caso no puede excederse el tope de 25 smlmv; (iv) esta Corporación ya ha aplicado el tope de 25 smlmv a pensiones diferentes a las reconocidas en atención a la Ley 4ª de 1992 (Sentencias T-892 de 2013, T-320 de 2015); (v) el desconocimiento de los topes pensionales implica la vulneración del principio y derecho fundamental a la igualdad y los principios del Sistema de Seguridad Social; y, adicionalmente, (vi) desconoce la sostenibilidad financiera, pues se trata de un sistema que se rige por subsidios en el cual la “diferencia” se paga con recursos públicos, por consiguiente, reconocer una mesada pensional sin topes afecta directamente el subsidio de quienes perciben menores ingresos económicos, limita la cobertura del sistema y la progresividad del mismo; por ende, (vii) resulta desproporcionado y contrario a los principios constitucionales del Estado Social de Derecho la interpretación según la cual las mesadas de quienes se encuentran en transición no están sujetas a tope. En esa medida, en dicha sentencia de constitucionalidad se estableció que “procede, como efecto de la sentencia, se produzca un ajuste inmediato de todas las pensiones que se hayan venido pagando por encima de ese tope.”; y (viii) el reajuste de los topes

pensionales es automático, por consiguiente, los reajustes realizados son actos administrativos de cumplimiento”. (Negritas y subrayado fuera del texto original)

(...)

(iii) El desconocimiento del principio de sostenibilidad fiscal era evidente

127. Los principios de igualdad, sostenibilidad financiera del sistema, interés general y distribución equitativa de los recursos limitados del Sistema de Seguridad Social, así como la solidaridad, eficiencia, universalidad y progresividad en los términos establecidos en la Constitución y la ley, son los contenidos fundamentales que justifican el núcleo del derecho a la seguridad social. Por esta sencilla razón, estos principios ni siquiera pueden ser desconocidos por los regímenes especiales de pensión.

128. En esa medida, la jurisprudencia constitucional ha reconocido, de manera uniforme y reiterada, que la importancia de la sostenibilidad financiera del sistema radica en que permite lograr la cobertura universal y el pago futuro de las pensiones a cargo del sistema. Por eso, ha sido enfática en que el derecho a la pensión adquirido en virtud de la extensión de los regímenes especiales no impide el reconocimiento y reliquidación pensional con limitación, pues “los topes en las mesadas pensionales han sido consagrados, al menos, desde la Ley 4ª de 1976, la Ley 71 de 1988 y la Ley 100 de 1993, así, en las Sentencias C-089 de 1997 y C-155 de 1997”.

129. En ese orden de ideas, el reconocimiento de derechos pensionales sin limitación alguna, implica establecer un sistema de privilegios a un grupo que se encuentra en una posición favorable respecto de las condiciones actuales de la mayoría de la sociedad, que quebranta los principios estructurales del sistema (solidaridad, equidad y eficiencia). Así las cosas, permitir que con cargo a los recursos públicos se financie la pensión sin límite de cuantía de la señora Julieta del Carmen Alvis González, desconoce la justicia distributiva y la solidaridad que debe conducir el Sistema General de Pensiones.

Conforme lo anterior, el régimen de transición establecido en los artículos 3 y 4 del Decreto 1282 de 1994, tuvo por objeto respetar las expectativas legítimas de las personas que aspiraban a obtener su derecho a la pensión con fundamento en los requisitos de la norma anterior, para lo cual garantizó únicamente las condiciones de edad, tiempo de servicios, tasa de reemplazo, y conformación del IBL, pero frente al resto de aspectos, se aplicaría la regla general, resultando claro que el tope pensional no fue un punto cobijado por la transición; por ende, al actor se le debía aplicar el tope pensional establecido en el artículo 18 de la ley 100 de 1993 original y artículo 1º del Decreto 314 de 1994, tal y como lo hizo CAXDAC al momento de reconocerle su prestación por jubilación.

En consecuencia, y sin más consideraciones se confirmará la decisión de primera instancia, pero por las razones aquí expuestas.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante, como quiera que su recurso de alzada no prosperó de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo la parte demandante.

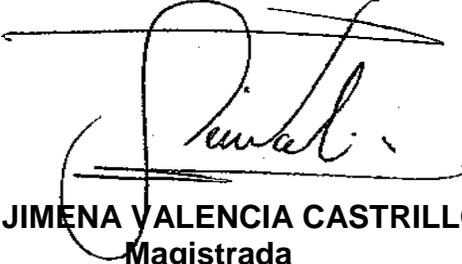
NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia de la parte demandante, la suma de \$580.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310501220210002002
CLASE DE PROCESO	ESPECIAL DE ACOSO LABORAL
DEMANDANTE	ALEXANDER GARCÍA DÍAZ
DEMANDADO	- STORCK TECHNICAL SERVICES HOLDING B.V. SUCURSAL DE COLOMBIA - HOCOL S.A.
LITISCONSORTES NECESARIOS POR PASIVA	- FREDDY JOSÉ BARÓN PINTO - ALEXIS MELÉNDEZ OCAMPO

En Bogotá D. C. a los veinte (20) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **Alexander García Díaz** se **declare** que la existencia de un contrato de trabajo con la empresa Stork Technical Services Holding B.V. Sucursal Colombia, el cual se encuentra vigente; **declarar** que la empresa Hocol S.A., es beneficiaria del servicio que le presta la empresa Stork Technical Services Holding B.V. Sucursal Colombia; **declarar** que puso en conocimiento de su empleador las acciones de acoso laboral de que fue objeto por el personal de la empresa Hocol S.A.; **declarar** que las demandada omiten las obligaciones contenidas en los artículo 1° de la Ley 1010 de 2006, respecto a la implementación de mecanismos para la prevención y corrección de acoso laboral y hostigamientos en el marco de las relaciones de trabajo; **declarar** que el accionar de las empresas, son los generadores de su enfermedad de origen laboral. Como consecuencia de ello, se **condene** a Stork Technical Services Holding B.V. Sucursal Colombia en calidad de empleador, a la protección por fuero de acoso laboral; que se **condene** a las demandada a dar garantías contra actitudes retaliatorias con el fin de evitar actos de represaría en su contra; se **condene** a las empresas

al pago de lo contenido en el artículo 10° de la Ley 1010 de 2006; que se **condene** a la sociedad Stork Technical Services Holding B.V. Sucursal Colombia, al resarcimiento de su patrimonio, en el entendido que las incapacidades al ser expedidas por la EPS COOMEVA, son reconocidas sobre el 66,66%, y no sobre el 100% por tratarse de una enfermedad de origen laboral.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 1 a 4 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que celebró un contrato de trabajo por obra o labor contratada con Stork Technical Services Holding B.V. Sucursal Colombia, con fecha de inicio el día 1 de diciembre de 2014, vínculo que se encuentra vigente; que el cargo para el cual fue contratado fue el de operador de medición; que esta empresa es contratista de la empresa Hocol S.A.; que los señores Freddy José Barón Pinto y Alexis Meléndez Ocampo, son funcionarios de la empresa Hocol S.A.; que ellos son supervisores de mantenimiento y tienen relación directa con las actividades laborales de mi poderdante; que desde febrero del año 2018, ello empezaron una campaña de desprestigio, persecución laboral y personal en su contra; que estas consistieron en comentarios descalificantes, haciéndolo quedar mal ante su empleador; que como consecuencia de ello, fue llamado a descargos disciplinarios; que el día 13 de diciembre de 2018, interpuso queja de acoso laboral, ante el comité de convivencia laboral de su empleador; que a esta queja no se le dio trámite, dejándolo desprotegido; que acudió al canal ético de la empresa beneficiaria Hocol S.A., en dos oportunidades, el primero el día 7 de mayo de 2018, y después el día 12 de noviembre del mismo año, si recibir respuesta a sus peticiones de protección laboral; que por la persecución presentó afectaciones en su salud física y psíquica.

Sostuvo que, el día 8 de diciembre de 2018, presentó cuadro súbito de ceguera transitorio, por el estrés laboral; que por recomendación médica se inició tratamiento por psiquiatría atendida inicialmente por la EPS Coomeva; que le otorgaron recomendaciones médicas, las que no fueron acogidas por su empleador; que por el tratamiento médico psiquiátrico ha recibido diversas incapacidades temporales, las que han sido de conocimiento de su empleador; que se encuentra con medicamento psiquiátrico de control, ordenado por el médico tratante; que por esas situaciones reiterativa, decidió convocar a audiencia de conciliación ante el Ministerio de Trabajo Territorial Bogotá a las aquí demandadas; que las empresas no asistieron y por ello se elevó acta de no comparecencia; que inició trámite de calificación de origen de la enfermedad; que la EPS Coomeva, estructura y califica la enfermedad como de origen laboral; que surtido el trámite de apelación, la Junta de Calificación Nacional emite concepto 80111160 – 27490, del 14 de agosto de 2020, dictaminado un diagnóstico de Trastorno de ansiedad no especificado, de origen laboral; que actualmente persisten las acciones de persecución laboral en su contra, generándole

desasosiego frente a su estabilidad laboral y mínimo vital, evidencia de esto, es que en la empresa empleadora divulga información de su estado de salud.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

STORK TECHNICAL SERVICES HOLDING B.V. SUCURSAL COLOMBIA contestó (archivo 8, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó la existencia de la relación laboral regida por un contrato de trabajo por obra o labor, vigente desde el 1 de diciembre de 2014, hasta la fecha; que el cargo desempeñado por el actor es el de operador de medición; que la empresa tiene una relación comercial con la sociedad Hocol S.A.; que se han recibido incapacidades temporales por parte del accionante. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no ser ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las de improcedencia de la causa por inexistencia de acoso laboral, incumplimiento de la carga probatoria de acreditar el acoso laboral y las conductas permisivas o tolerantes, prescripción, caducidad de la acción y buena fe.

HOCOL S.A. contestó (archivo 9, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, manifestó que no le consta o no son ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de las obligaciones que se pretender deducir en juicio a cargo de la sociedad demandada Hocol S.A., cobro de lo no debido, buena fe de la empresa demandada, mala fe del demandante, prescripción y caducidad.

El juzgado de conocimiento, en audiencia que tuvo lugar el 18 de febrero de 2022, dispuso la integración del contradictorio por pasiva con los señores Freddy José Barón Pinto y Alexis Meléndez Ocampo (archivos 16 y 17, carpeta 1ª inst. exp. digital), quienes procedieron a dar contestación a la demanda así:

ALEXIS MELÉNDEZ OCAMPO (archivo 19, carpeta 1ª inst. exp. digital), se opuso a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, manifestó que no le consta o no son ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, inexistencia de relaciones de dependencia o subordinación de carácter laboral, caducidad de la acción, falta de causa para pedir y la innominada.

JOSÉ BARÓN PINTO (archivo 20, carpeta 1ª inst. exp. digital), se opuso a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, manifestó que no le consta o no son ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 23 de febrero de 2023 (archivo 28 y 29, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a las demandadas STORCK TECHNICAL SERVICES HOLDING B.V. SUCURSAL COLOMBIA Y HOCOL S.A. y a los vinculados ALEXIS MELÉNDEZ OCAMPO y FREDDY JOSÉ BARÓN DÍAZ, de las pretensiones incoadas en su contra por el señor ALEXANDER GARCÍA DÍAZ, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS a cargo del demandante, e inclúyanse como agencias en derecho la suma de \$800.000 en razón de \$200.000 a favor de cada una de las demandadas y vinculados.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que no se encontraba en discusión la existencia de una relación laboral entre el demandante y la empresa Stork Technical Services Holding B.V. Sucursal Colombia, regida por un contrato de obra o labor desde el 1 diciembre de 2014, hasta el 2 agosto 2021, a través del cual el actor ejerció el cargo de operador de medición, con un salario básico de \$4'994.585; que tampoco había sido objeto de controversia que entre esta empresa y Hocol S.A. se suscribió contrato el 26 de junio de 2015, a través del cual Stork Technical Services Holding B.V. se obligaba a prestar a su favor el servicio de operación y mantenimiento para todas sus áreas en Colombia, contrato en virtud del cual el demandante ejecutaba su actividades laborales en Hocol.

Precisó que, conforme las pruebas recaudadas, se tenía que si bien los accionados como personas naturales no son empleados de Stork Technical Services Holding B.V., sí podían ser considerados compañeros de trabajo del actor, en la medida que él como trabajador de la empresa contratista, desempeñaba sus funciones en las instalaciones de la Hocol S.A.

Señaló que, el señor García no había probado las conductas de acoso laboral que se le endilgaban a los accionados Alexis Melendez Ocampo y Freddy José Barón Díaz y mucho menos que las empresas accionadas hayan tolerado conductas de acoso laboral, pues si bien, con el escrito de la demanda se había allegado correo electrónico de fecha 19 de abril de 2018, titulado «*correo ofensivo Freddy Báron*» de su lectura no se evidencia que con este se le hayan efectuado ofensas o malos tratos, pues dependiendo de la connotación que se le pueda dar, se puede pensar que se está exaltando la labor de medición y la importancia de aprender de este, o por otro lado, se llama la atención en el sentido que el operador no tiene tiempo para cumplir la labor encomendada excusándose al parecer en que tiene otros compromisos de mayor relevancia; de ahí que, si se tomara esta última interpretación, se entiende que el comentario hecho sobre la labor del operador fue despectiva y a modo de indirecta, no obstante, tal situación no constituye un acto de acoso laboral en contra del demandante, como quiera que allí no se alusión a él, pues no se indica su nombre y, tan solo

se habla del operador, sin que sea claro que el señor Alexander García Díaz haya sido el único que ejecutada esa labor. Adicional a ello, tampoco existe prueba que se haya tratado de una conducta repetitiva.

De igual forma, señaló que si bien el señor García fue diagnosticado con trastorno de ansiedad de origen laboral, conforme dictamen emitido por la Junta Nacional de Calificación de Invalidez del 14 de agosto de 2020, y que desde el de 26 de abril de 2019, cuenta con recomendaciones ocupacionales, relacionados con la realización de actividades con niveles adecuados de exigencia y moderada exigencia mental, entre otros, así como citas de control con psiquiatría y psicología, lo cierto es que tales circunstancias no demuestran que la patología del actor se derive de posibles actos de acoso por parte de los señores Barón y Meléndez, pues no se tiene conocimiento de cuales circunstancias de índole laboral desencadenaron este diagnóstico.

Expresó que, de los interrogatorios de parte surtidos a instancia de los señores Alexis Meléndez Ocampo y Freddy José Barón Díaz, no se evidencia que ellos hayan realizado actos de acoso laboral, por el contrario el primero de ellos, había reseñado que el trato con Alexander fue cordial, mientras que el segundo interrogado había afirmado que en alguna ocasión le había llamado la atención al actor por utilizar su Tablet en una reunión, considerando la sentenciadora que este hecho no constituye un acoso laboral y de serlo, tampoco se probó que fuera una conducta repetitiva. Adicionalmente, tampoco se demostró, mas allá de lo dicho en la demanda, cuáles fueron esos comentarios o actos denigrantes que de manera reiterada hacían los aludidos llamados a juicio.

Reseñó que, la testigo Luz Helena Díaz García, Gerente de Cumplimiento de Hocol, expuso que el actor presentó 2 quejas en el canal ético de la empresa, por conductas de acoso laboral, a las cuales se les dio traslado al comité de convivencia y fueron respondidas, indicándole que no eran competentes por no ser el accionante empleado de la empresa. Que posterior a ello, se presentó una queja en contra de Alexis y Fredy, por lo que se entró a verificar si se dieron las conductas de maltrato e irrespeto, y para ello se realizaron visitas de campo y entrevistas, sin que fuera posible la comprobación de estos hechos. Por lo que tampoco se había demostrado que las empresas demandadas hayan actuado de manera permisiva o negligente frente a este asunto, en tanto no existió ninguna conducta de acoso laboral.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS, dado que no fue interpuesto recurso de apelación por parte de este.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si fue acreditado dentro del curso del proceso, la configuración de conductas de acoso laboral, ejercidas por Alexis Meléndez Ocampo y Freddy José Barón Díaz, en contra del señor Carlos Alberto Luengas Pulido y si como consecuencia de ello, hay lugar a acceder a las pretensiones contenidas en la demanda inicial.

En el presente asunto no es materia de discusión, por así haber sido aceptado en la contestación de la demanda de Stork Technical Services Holding B.V. Sucursal Colombia, los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor Alexander García Díaz suscribió con esta sociedad, contrato de trabajo por obra o labor desde el 1 de diciembre de 2014; *ii)* que el cargo desempeñado fue el de operador de medición; y *iii)* que el salario básico devengado fue de \$4´994.585.

Adicionalmente, se debe señalar que, tampoco ha sido objeto de discusión que entre la sociedad Stork Technical Services Holding B.V. Sucursal Colombia y Hocol S.A., se suscribió un contrato C140202, el cual tenía por objeto que la primera de ellas, le prestara a la otra, un servicio integral de operaciones y de mantenimiento en todas las áreas de operación de Hocol en Colombia; en virtud de lo anterior, el demandante ejecutaba su actividades laborales en esta última (f° 19 a 73 archivo 9, subcarpeta 3, carpeta 1ª inst. exp. Digital)

DEL ACOSO LABORAL

Empieza esta Colegiatura, por referir que la Ley 1010 de 2006, tiene como fin «*definir, prevenir, corregir y sancionar las diversas formas de agresión, maltrato, vejámenes, trato desconsiderado y ofensivo y en general todo ultraje a la dignidad humana que se ejercen sobre quienes realizan sus actividades económicas en el contexto de una relación laboral*» (artículo 1°); en esa dirección, el artículo 2° definió el acoso laboral como «*toda conducta persistente y demostrable, ejercida sobre un empleado o 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 a la renuncia del mismo*», bajo las modalidades de maltrato, persecución, discriminación, entorpecimiento, inequidad o desprotección laboral. En este punto, debe precisarse que solamente las personas naturales son quienes pueden ejercer las conductas constitutivas de acoso, las cuales de ninguna manera pueden ser trasladadas a una persona jurídica, en la medida en que esta no es una persona física o natural sino una institución que

responde a una ficción legal, siendo responsable únicamente por permitir y/o tolerar esas conductas.

Del mismo modo, en los artículos 7 y 8, se establecieron las conductas que constituyen acoso laboral y las que no lo son, en donde es dable destacar que no toda exigencia, orden, solicitud o actuación que se presente en el ámbito laboral, configura un proceder de acoso. Igualmente, el artículo 9° alude a las medidas preventivas y correctivas del acoso laboral, así:

- Los reglamentos de trabajo de los empleadores **deberán** prever los mecanismos de prevención de las conductas de acoso laboral y establecer un procedimiento interno, confidencial, conciliatorio y efectivo para superar las que ocurran en el lugar de trabajo. Los comités de empresa de carácter bipartito, donde existan, podrán asumir funciones relacionados con acoso laboral en los reglamentos de trabajo. La omisión en la adopción de medidas preventivas y correctivas de la situación de acoso laboral por parte del empleador o jefes superiores se entenderá como tolerancia de esta.
- La víctima de acoso laboral podrá poner en conocimiento de una autoridad administrativa la ocurrencia de una situación continuada y ostensible de acoso laboral, dicha autoridad conminará preventivamente al empleador para que ponga en marcha los procedimientos confidenciales referidos anteriormente y programe actividades pedagógicas o terapias grupales de mejoramiento de las relaciones laborales. Para adoptar esta medida se escuchará a la parte denunciada.
- La víctima de acoso laboral podrá solicitar la intervención de una institución de conciliación autorizada legalmente a fin de que amigablemente se supere la situación de acoso laboral.

Por su parte, el artículo 10 estableció el tratamiento sancionatorio cuando el acoso laboral está debidamente acreditado, y el artículo 11 las garantías a fin de evitar actos de represalia contra quienes han formulado peticiones, quejas y denuncias de acoso laboral o sirvan de testigos en tales procedimientos, dentro del cual, se prohíbe dar por finalizado el vínculo laboral en un lapso de protección de seis (6) meses siguientes a la petición o queja, respecto de la víctima de acoso laboral que hubiere ejercido tales procedimientos «preventivos, correctivos y sancionatorios».

De acuerdo con las anteriores consideraciones, procede la Sala a verificar si el actor demostró, teniendo la carga de la prueba en virtud de lo dispuesto en el artículo 167 del Código General del Proceso, que los señores Alexis Meléndez Ocampo y Freddy José Barón Díaz, en calidad de empleados de Hocol S.A., desplegaron conductas de acoso laboral, conforme lo dispuesto en el artículo 7° de la Ley 1010 de 2006.

Lo primero que se debe advertir es que, resulta aplicable la norma en cita a la situación particular, pues si bien, la presunta víctima de las conductas de acoso laboral mantiene vínculo con empresa diferente a la de los presuntos agresores, pues el primero de ello, conforme se advirtió en precedencia, mantuvo una relación laboral con Stork Technical Services Holding B.V. Sucursal Colombia, mientras que los llamados a integrar el

contradictorio para la época en la que se desarrollan los hechos, se encontraban vinculados con Hocol S.A., lo cierto es que al mediar vinculación comercial entre estas dos empresas y al realizarse trabajo armónico entre ellas y sus trabajadores en el proyecto campo Celote, los actos catalogados como acoso se despliegan en el marco de un ambiente laboral, de relaciones regidas por el Código Sustantivo del Trabajo, así como en el ámbito de relaciones de dependencia o subordinación, pues tal y como lo sostuvo Freddy José Barón Díaz al momento de absolver el interrogatorio de parte, él dirigía reuniones e impartía directrices y coordinaba algunas actividades de los trabajadores de Stork Technical Services Holding B.V. entre los que se encuentra el convocante, ya fuera directamente o a través de sus supervisores, respecto a la ejecución de la labor que debía de desplegarse en campo, por lo que es claro que el ámbito de aplicación de la norma, tiene cabida en el asunto que concita la atención de la Sala, máxime que la forma en la que se desarrollan las relaciones laborales no son ajenas al objeto y los bienes protegidos por la Ley 1010 de 2006.

Aunado con lo anterior, debe advertirse también que, la juzgadora de instancia no excluyó la aplicación de estos postulados normativos al presente asunto, sin que dicha declaración haya sido objeto de censura por quienes conforman el extremo pasivo de la presente litis.

Así las cosas, ha sostenido el promotor de la contienda que, los llamados a integrar el contradictorio iniciaron una campaña de desprestigio y persecución laboral y personal en su contra, debido a que se han realizado de manera reiterada comentarios descalificantes sobre su actividad laboral y que por este proceder fue llamado a descargos.

Con la finalidad de comprobar su dicho, debemos remitirnos al contenido de la citación y el acta de descargos de fecha 29 y 30 de junio de 2019 (archivo 2, subcarpeta 3, carpeta 1ª inst. exp. Digital), a través de la cual se le endilga al señor García Díaz, el presunto incumplimiento del contrato de trabajo, el Reglamento Interno de Trabajo y las Políticas y Procedimientos de la compañía, debido a que, el día 30 de mayo, se había presentado a laborar en las instalaciones de campo Ocelote para la atención de auditoría por parte de Ecopetrol en el área de medición, sin que se informara previamente sobre la existencia de su incapacidad médica para el interregno comprendido entre el 28 de mayo al 6 de junio de 2019.

Decantado lo anterior y sin entrar a calificar si la falta endilgada es procedente o no, debe indicarse que de acuerdo con el contenido del acta de descargos, el señor Alexander García se encontraba incapacitado desde el 28 de mayo hasta el 6 de junio de 2019, debido a trastornos de ansiedad, lo que supone que al encontrarse inhabilitado física o mentalmente para desempeñar en forma temporal su profesión u oficio habitual, no debió presentarse a su lugar de trabajo y mucho atender auditorías relacionadas con las funciones a su cargo; a

pesar de ello, conforme lo dispuesto en los b) y h) del artículo 8 de la Ley 1010 de 2006, los actos destinados a ejercer la potestad disciplinaria, la exigencia del cumplimiento de las obligaciones o deberes de que tratan los artículos 55 á 57 del C.S.T, así como de no incurrir en las prohibiciones de que tratan los artículo 59 y 60 del mismo Código, o de los reglamentos y clausulas de los contratos de trabajo, no constituyen a lo absoluto, conductas o actos de acoso laboral, bajo ninguna modalidad.

De igual forma, debe indicarse que tampoco se encuentra una relacion de causalidad entre el llamado a rendir descargos y las presuntas acciones realizadas por Alexis Meléndez Ocampo y Freddy José Barón Díaz tendientes, según el dicho del actor, desprestigiarlo, perseguirlo laboralmente o descalificar su trabajo, puesto que acorde con el acta de la diligencia adelantada el 30 de junio de 2019, presentarse a trabajar en el interregno en el que se encontraba con incapacidad medica fue un acto voluntario, en el que no existió intervención alguna por parte de los litisconsortes, o por lo menos ello no se encuentra acreditado en juicio.

Entonces, el ejercicio de la accion disicplinaria que fue desplagada en contra del señor Alexander García, bajo ninguna optica puede ser catalogada como una conducta de acoso laboral, tendiente a generar los efectos descritos en el artículo 2 de la Ley 1010 de 2006, es decir, encaminada a infundir miedo, intimidación, terror y angustia, causar perjuicio laboral, generar desmotivación en el trabajo, o inducir la renuncia del mismo.

Tambien se hace hincapie que, el convocante a juicio señala que de manera reiterada que los señores Meléndez y Barón han realizado comentarios descalificantes sobre su actividad laboral. Al respecto, se tiene que con las pruebas documentales aportadas con el libelo genitor, fue presentado archivo denominado «Correo ofensivo Freddy Barón» (archivo 2, subcarpeta 3, carpeta 1ª inst. exp. Digital), al que no se le puede dar el alcance deseado por la parte interesada, pues de su lectura no se desprenden en lo más mínimo comentarios

Pueden programar al técnico de medición la instalación de las tarjetas electrónicas mencionadas en los correos precedentes.

Todo esto por supuesto consultando previamente con el supervisor de producción Hocol ya que debido a la magnitud, a la relevancia, a la importancia del cargo (operador de medición), a su amplio conocimiento normativo, a las diferentes actividades que realiza durante el día a la perfección y las múltiples ocupaciones que normalmente tiene en su agenda con autoridades locales, regionales, departamentales y nacionales; existe la posibilidad que no tenga tiempo disponible para cambiar la tarjeta de un medidor de flujo tipo coriolis.

Sin embargo, mientras nos sea posible, debemos aprovechar este importante recurso para que se optimice la medición de flujo en los instrumentos para inyección de agua, flujo de gas y flujo total en la salida de los cluster.

También es importante que en los momentos que podamos contar con su valioso aporte en campo, lo acompañe en las actividades un técnico instrumentista para que ellos se contagien de esas excelentes prácticas laborales y lo tomen como una referencia, como un ejemplo, como un modelo a seguir.

Contar con este mar de conocimiento como apoyo en labores de instrumentación será para todo el equipo técnico (en el cual me incluyo), todo un privilegio.

Cordialmente

FREDDY JOSÉ BARÓN PINTO

Supervisor de Mantenimiento
Infantería de Desarrollo Clanes

Tel.: (+57) 4884000/101 Ext. 3716
freddy.baron@hocol.com.co
www.hocol.com.co

La información contenida en este mensaje puede tener información confidencial o reservada a más dirigidos únicamente al destinatario de la misma. Si usted no recibió este correo electrónico o no es el destinatario, se le solicita no divulgar esta información a terceros.



denigrantes, ofensivos, deshonrosos, injuriosos o humillantes, por parte de Freddy José Barón Díaz en su calidad supervisor de mantenimiento de Hocol S.A, hacia el señor García, conforme se ilustra a continuación:

Probablemente el interlocutor de esta prueba, le haya dado una interpretación sarcástica o irónica a su contenido; sin embargo, esta Corporación de su lectura, no puede considerar que en efecto se está en presencia de conductas reprochables por la Ley 1010 de 2006, se itera, esta comunicación se encuentra lejos de ser valorada como una descalificación a la actividad laboral ejecutada por el actor, por el contrario, se exalta su buena gestión y conocimiento. Aunado a lo anterior, también debe resaltarse que, tampoco existe prueba alguna que dé cuenta que para su redacción o producción haya intervenido el señor Alexis Melendez Ocampo, a quien se acusa de ejercer conducta de acoso laboral en su contra, y de haber sido ello así, su participación en nada contribuye la prosperidad de la suplicas de la demandada, dado que esta prueba no denota la comprobación de actos proscritos en la norma en cita.

De otro lado, de los interrogatorios de parte rendidos a instancia de Alexis Meléndez Ocampo y Freddy José Barón Díaz, no se deriva confesión alguna en los términos del artículo 191 del C.G.P., que permita acreditar que ellos desplegaron conductas de acoso laboral en contra del señor Diaz.

Adicionalmente, se advierte que el demandante a través del canal ético de Hocol S.A. presentó dos quejas de acoso laboral con fechas 19 de abril y 5 de julio de 2018, en contra de Alexis Meléndez Ocampo y Freddy José Barón Díaz, lo cuales fueron remitidos al comité de convivencia de esta sociedad (archivo 2, subcarpeta 3 y f° 127 archivo 9 carpeta 1ª inst. exp. Digital).

También se cuenta con la declaración de la testigo Luz Helena Díaz García, quien afirmó ser Gerente de Cumplimiento de Hocol y dio cuenta de las denuncias presentadas por el accionante frente a las presuntas quejas de acoso laboral radicadas a través del canal ético de Hocol; sobre el particular sostuvo que, una vez se tuvo conocimiento de la estas, las mismas fueron trasladadas al comité de convivencia. Señaló la deponente que desde la dependencia que regencia, se realizó una verificación desde los principios del Código de Ética de Maltrato y Respeto, y como consecuencia de ello, se llevó a cabo una investigación en campo Celote, lugar en donde el demandante desempeñaba sus funciones, consistente en la realización de entrevistas, citación a los dos empleados involucrados, verificación de antecedentes de Alexis Meléndez Ocampo y Freddy José Barón Díaz, con la finalidad de establecer si en contra de ellos se había presentado previamente otras denuncias por acoso laboral, se verificaron correos electrónicos, sin que se lograr evidencias temas de maltrato o falta de respecto de parte de estos trabajadores en contra de Alexander García.

Por lo expuesto a lo largo de este proveído, se concluye que no se encuentra demostrada la existencia de las conductas constitutivas de acoso laboral; por lo tanto, se deberá confirmar íntegramente la sentencia apelada.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandante, como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

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

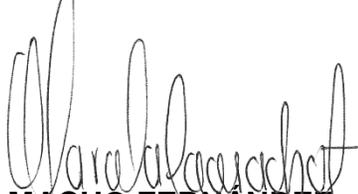
RESUELVE:

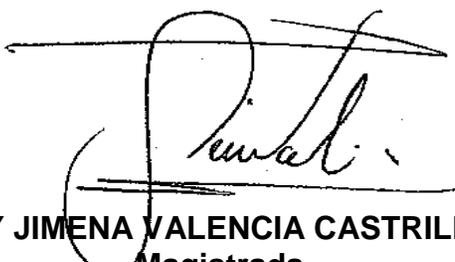
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de Bogotá, el 23 de enero de 2023, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de Alexander García Díaz.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

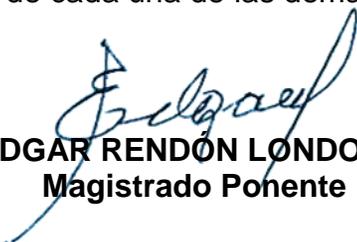

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Alexander García Díaz, la suma de \$580.000, a favor de cada una de las demandadas.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105015201900659-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	EDWARD LEONARDO ANAYA ALSINA
DEMANDANDO	CAJA PROMOTORA DE VIVIENDA MILITAR Y DE POLICÍA

En Bogotá D. C. a los veinte (20) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **Edward Leonardo Anaya Alsina** se declare que entre él y la demandada existió un contrato de trabajo el cual terminó por causal imputable al empleador, y en consecuencia se le condene a pagar cesantías, vacaciones, prima de servicios causadas entre el 5 de mayo de 2017 y el 05 de noviembre de 2018, es decir por 18 meses y a título de indemnización por terminación de la relación laboral los salarios dejados de percibir por ese mismo lapso; que se le condene a la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, y a las costas del proceso.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 2-3 exp. físico), señaló que desde el 06 de noviembre de 2013, prestaba sus servicios a la Caja Promotora de Vivienda

Militar y de Policía por virtud del contrato individual de trabajo 029CPVMP-ELAA-2013 a término fijo de seis (06) meses, en el cargo de Profesional Universitario, el que este fue prorrogado seis (06) veces de forma sucesiva, por el mismo periodo inicial, pero que conforme la norma a partir de la cuarta prórroga debía hacerse por un año, luego el contrato se extendió hasta el 05 de noviembre de 2016, y así continuamente.

Sostuvo que, tuvo como último salario la suma de \$2.131.544, la cual se mantuvo por lo menos durante los últimos tres meses, que, a partir del 01 de octubre de 2014, mediante una cláusula adicional de modificación, le fue incrementada su asignación básica en un 5% el cual se paga de forma mensual, periódica y permanente, pese a que el empleador afirmó que era ocasional, temporal y que no constituía factor salarial.

Narró que, su empleador mediante comunicado del 03 de abril de 2017, le informó que había resuelto darle por terminado su contrato de trabajo por expiración del plazo pactado; no obstante, este se encontraba prorrogado hasta el 05 de noviembre de 2018; que realizó el trabajo de forma personal, obedeciendo las instrucciones del empleador y cumpliendo con el horario de trabajo por él establecido, sin que hubiesen quejas por mal comportamiento; y que agotó la reclamación administrativa.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía contestó la demanda (f.º 54-56 exp. Físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó la relación laboral, el contrato de trabajo a término fijo el cual prorrogó en 6 ocasiones y siempre por periodos de 6 meses; que comunicó la terminación del contrato por vencimiento del plazo pactado a partir del 6 de mayo de 2017; que realizó la labor de forma personal y agotó la reclamación administrativa; frente a los demás dijo que no eran ciertos, y aclaró que el salario mensual era de \$2.030.042, que no aumentó su asignación básica, sino que adicionó una cláusula al contrato de trabajo 029 CPVMP-ELAA-2013 donde se señaló que se incorporaba un incentivo eventual por gestión equivalente al 5% del valor de su actual asignación básica mensual, el cual se pactó como ocasional, temporal y que no constituía factor salarial para ningún efecto legal.

Formuló las excepciones de fondo, de inaplicabilidad del numeral 2 del artículo 46 del CST a los trabajadores oficiales de esa entidad, inexistencia de supuestos fácticos y jurídicos para demandar la terminación del contrato laboral, cobro de lo no debido y prescripción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 26 de abril de 2021 (archivo 98-100 exp. Físico), resolvió:

PRIMERO: ABSOLVER a la parte demandada Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía de todas y cada una de las pretensiones invocadas en la presente acción por el señor demandante EDWARD LEONARDO ANAYA ALSINA y en estos términos declarar demostradas las excepciones de inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido y no aplicación al demandante del CST expuesta por la parte demandada conforme se expuso en la parte motiva

(...)

El a quo indicó que, no existía discusión frente a la relación laboral, pues en el expediente obraban las copias del contrato laboral y sus prórrogas, además de ser un hecho aceptado por las partes que se suscribió un contrato de trabajo a término fijo por 6 meses, que se ejecutó entre el 06 de noviembre de 2013 y el 5 de mayo de 2014, que se prorrogó, de forma sucesiva 6 veces por el mismo periodo pactado; que el vínculo terminó a partir del 5 de mayo de 2017, porque el empleador no prorrogó dicho contrato.

Como fundamento de su decisión, indicó que la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía, era una Empresa Industrial y Comercial del Estado de carácter financiero del orden nacional, por lo que conforme el Decreto 3135 de 1968, sus empleados tenían la calidad de trabajadores oficiales, y por ello no le era aplicable el Código Sustantivo del Trabajo como lo pretendía la parte actora, sino que en este asunto la norma que regía esa clase de relaciones laborales era el Decreto 2127 de 1945.

Seguidamente reprodujo el artículo 43 del mencionado decreto que indicaba que «la prórroga a plazo fijo del contrato celebrado por tiempo de terminado deberá constar por escrito; pero si extinguido el plazo inicialmente estipulado, el trabajador continuare

prestando sus servicios al patrono, con su consentimiento, expreso o tácito, el contrato vencido se considerará, por ese solo hecho, prorrogado por tiempo indefinido, es decir, por períodos de seis meses». Agregó que la Ley no limitaba la cantidad de prórrogas que se podían surtir bajo esa modalidad por lo que se podía hacer de forma indefinida, citando la sentencia CSJ SL1497-2014 reiterada en CSJ SL4810-2018.

Concluyó que, en este asunto entre las partes se celebró un contrato por escrito en el que estaba pactada su vigencia por 6 meses y por ese mismo periodo se prorrogaba; que incluso si no estuviese por escrito, por virtud de la ley su prórroga sería por 6 meses, por lo que los términos en que se prorrogó el contrato del actor estaban ajustados a la norma bajo estudio, recordando que el último estuvo vigente entre el 06 de noviembre de 2016 y el 05 de mayo de 2017.

Señaló que, el empleador el 03 de abril de 2017, le comunicó al actor de forma anticipada su decisión de no prorrogar más el contrato de trabajo y que por tanto finalizaría el 5 de mayo de 2017, por vencimiento del plazo, por ende, la causal invocada era legal, y no había lugar al pago de indemnización y por ello absolvería de esta, así como también del pago de cesantías, primas de servicios, vacaciones y demás como si la relación laboral hubiese seguido vigente hasta noviembre de 2018, porque precisamente el vínculo que genera esas prestaciones finalizó el 5 de mayo de 2017.

De otro lado, analizó el asunto de la reliquidación de las prestaciones del demandante tomando en cuenta como factor salarial un incentivo mensual por gestión equivalente a un 5% del valor de su actual asignación básica mensual que fue consagrada en una cláusula adicional al contrato de trabajo, como un incentivo ocasional, temporal y que no constituía factor salarial ni prestacional para ningún efecto legal.

Refirió que, esa bonificación fue establecida por mera liberalidad a partir del año 2014, y en aplicación de la Ley 909 de 2004, se preveía la posibilidad que las entidades públicas establecieran estimular para mejorar el ambiente laboral por cumplimiento de unas metas colectivas y demás.

Recordó cuales son los elementos integrantes de salario y que pagos no constituían salario conforme la Ley 50 de 1990, e indicó que consideraba que el empleador había actuado de forma legal al no tener en cuenta ese incentivo del 5% como factor de liquidación de las acreencias laborales del actor, por ende, absolvería de las pretensiones del promotor del litigio.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante interpuso recurso de apelación de forma parcial únicamente frente a la bonificación que no se tuvo en cuenta como factor salarial, argumentando que debe tenerse en cuenta la primacía de la realidad sobre las formas, ya que el incentivo creado para los trabajadores oficiales de la demandada, no es un pago ocasional o esporádico, sino por el contrario representaba un incremento de salario mensual y habitual, y excluir su carácter salarial desconocía los principios constitucionales y legales que protegen al trabajador oficial.

Consideró que, esa bonificación debe tener carácter salarial, y debe tenerse en cuenta para efectos de reliquidar y pagar prestaciones sociales causadas a partir del reconocimiento de esta, que lo fue desde el 1° de octubre de 2014 hasta la terminación del vínculo laboral, y en atención a la negativa en su pago, debe condenarse a la sanción moratoria de que trata el artículo 65 del CST; que se debe inaplicar el artículo 128 del CST en razón a que desconoce sus derechos, los tratados internacionales, los principios constitucionales y demás derechos mínimos adquiridos.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante, en estricta aplicación del principio de consonancia previsto en precepto 66 A del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si el incentivo eventual por gestión equivalente al 5% del valor de la asignación básica del actor, constituía salario o no, y solo en caso de ser afirmativo, si hay lugar a reliquidar las prestaciones sociales y vacaciones de este.

En el presente asunto no es materia de discusión que el señor **Edward Leonardo Anaya Alsina** se vinculó a la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía mediante contrato de trabajo a término fijo por 6 meses ejecutado entre el 06 de noviembre de 2013 y el 05 de mayo de 2014, y así sucesivamente hasta el 05 de mayo de 2017, cuando este finalizó por una causa legal, esto es vencimiento del plazo pactado, lo anterior porque así está probado y porque frente a este asunto no se presentó recurso de apelación.

DE LA NATURALEZA SALARIAL DEL INCENTIVO EVENTUAL POR GESTIÓN

Para definir el asunto es conveniente recordar que el principal compromiso del empleador lo constituye la retribución de los servicios prestados por el trabajador y, si con ellos el empleador *recompensa* la labor, los mismos siempre serán salario, incluso pese a que las partes consignent expresamente lo contrario, pues la naturaleza salarial de un pago no puede ser desconocida por los contratantes (CSJ SL20748-2017). Así lo ha reconocido la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la providencia CSJ SL986-2021, que al respecto indicó:

- a) *En virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formas contractuales, previsto en el art. 53 de la Constitución Política de 1991, aplicable en el tema salarial, lo que recibe el trabajador como directa contraprestación del servicio, sea en dinero o en especie, no deja de ser salario por la simple denominación que le den las partes.*
- b) *Por ende, el criterio conclusivo o de cierre para determinar si un pago es o no salario, consiste en establecer si se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo realizado, es decir, que el salario se define por su finalidad o destino.*
- c) *Acreditada por parte del trabajador la periodicidad, habitualidad y permanencia del pago realizado, le corresponde al empleador la carga de probar que la destinación de dicho estipendio cancelado al trabajador tiene una causa distinta a la prestación personal del servicio y, por tanto, con carácter no remunerativo.*
- d) *Por cuenta de la parte final del art. 128 del CST, modificado por el art. 15 de la L. 50 de 1990, el acuerdo entre las partes orientado a especificar qué beneficios o auxilios extralegales no tienen incidencia salarial debe ser expreso, claro, preciso y detallado en*

los rubros que cobija, por ello, la duda sobre si un emolumento es o no salario debe resolverse en favor de la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo del servicio.

e) *En tal sentido, las partes no pueden despojar de incidencia salarial un pago que por esencia lo es.*

f) *Lo que conduce a concluir en este tema concreto, que si el trabajador logra acreditar que los denominados “gastos de viaje” eran habituales, periódicos y permanentes, y el empleador no logra probar, que el propósito era, precisamente, ayudar en el cabal desempeño de las funciones propias del servicio de transporte de pasajeros intermunicipal, se tendrá que tales sumas tenían como fin retribuir el servicio, y por ende, con incidencia prestacional.*

Por manera que, si un pago retribuye de manera directa el servicio es insuficiente el acuerdo de voluntades que le quite tal naturaleza salarial, esto es, su condición de ser remuneratorio directamente del servicio, dicho de otra manera, las partes no tienen la competencia de cambiar la naturaleza salarial de un emolumento (CSJ SL3272-2018); en este punto es importante traer a colación lo fijado, entre otras, en la sentencia CSJ SL4866-2020, donde se explicó que el «binomio salario-prestación personal del servicio» es el objeto principal de un contrato de trabajo «por consiguiente, los pagos realizados por el empleador al trabajador por regla general son retributivos, a menos que resulte claro que su entrega obedece a una finalidad distinta; de manera que contrario a lo que sostuvo el fallador colegiado, es el Radicación n.º 69486 SCLAJPT-10 V.00 35 empleador quien tiene la carga de probar que su destinación tiene una causa no remunerativa».

Igualmente, en la sentencia CSJ SL5159-2018, se establecieron los criterios para determinar cuándo un pago constituye salario, los cuales se citan a continuación:

3. 2. Criterios para delimitar el salario

Atrás se explicó que es salario toda ventaja patrimonial que recibe el trabajador como consecuencia del servicio prestado u ofrecido. Es decir, todo lo que retribuya su trabajo. Por tanto, no son salario las sumas que entrega el empleador por causa distinta a la puesta a disposición de la capacidad de trabajo. De esta forma, no son tal, (i) las sumas recibidas por el trabajador en dinero o en especie, no para su beneficio personal o enriquecer su patrimonio sino para desempeñar a cabalidad sus funciones, tales como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes; (ii) las prestaciones sociales; (iii) el subsidio familiar, las indemnizaciones, los viáticos accidentales y permanentes, estos últimos en la parte destinada al transporte y representación; (iv) las sumas ocasionales y entregadas por mera liberalidad del empleador que, desde luego, no oculten o disimulen un propósito retributivo del trabajo.

Aunque esta Corporación en algunas oportunidades se ha apoyado en criterios auxiliares tales como la habitualidad del pago (CSJ SL1798-2018) o la proporcionalidad respecto al total de los ingresos (CSJ SL, 27 nov. 2012, rad. 42277), debe entenderse que estas referencias son contingentes y, en últimas, han sido utilizadas para descifrar la naturaleza retributiva de un emolumento. Quiere decir lo anterior, que el criterio conclusivo o de cierre de si un pago es o no salario, consiste en determinar si su entrega tiene como causa el trabajo prestado u ofrecido. De otra forma: si esa ventaja patrimonial se ha recibido como contraprestación o retribución del trabajo.

De acuerdo con lo anterior, podrían existir créditos ocasionales salariales, si, en efecto, retribuyen el servicio; también dineros que en función del total de los ingresos representen un porcentaje minúsculo y, sin embargo, sean salario. Por ello, en esta oportunidad, vale la pena insistir en que el salario se define por su destino: la retribución de la actividad laboral contratada. (Subraya fuera del texto original).

También la Corte Suprema de Justicia se ha ocupado de definir qué se entiende por contraprestación directa del servicio, así por ejemplo en la sentencia CSJ SL, 27 may. 2009, rad. 32657, indicó:

(...) Sea lo primero observar que el artículo 14 de la Ley 50 de 1990 introdujo el calificativo de directa aplicado a la remuneración, como determinante en la definición de los pagos que constituyen salario, que no traía la prístina redacción del artículo 127 del Código Sustantivo del Trabajo.

Pues bien. Remuneración directa del servicio es aquella que tiene su fuente próxima o inmediata en el servicio personal prestado por el trabajador, esto es, la que encuentra vengero en el trabajo realizado por el empleado.

De tal suerte que la labor ejecutada por el trabajador es la que origina derechamente, sin rodeos, la contraprestación económica de parte del empleador.

Para expresarlo con otro giro: la retribución directa del servicio es la que tiene su causa próxima o inmediata en lo que haga o deje de hacer el trabajador, en virtud del contrato de trabajo o de la relación legal y reglamentaria. Esto es, la actividad desarrollada por el trabajador es la razón de ser de la contraprestación económica, ya en dinero ora en especie.

A no dudarlo, el carácter de retribución directa pasa a ocupar un sitial elevado a la hora de definir la naturaleza salarial de un determinado pago o beneficio, en dinero o en especie, que recibe el trabajador.

Ese carácter de retribución directa que se erige en nota distintiva del salario, en cuanto traduce la remuneración próxima o inmediata, por oposición a la lejana o mediata, que recibe el trabajador por el servicio prestado, es una consecuencia natural y lógica de los rasgos de bilateralidad u onerosidad, que acompañan al contrato de trabajo o a la relación legal y reglamentaria, en cuya virtud éstas generan naturalmente obligaciones recíprocas a cargo de cada una de las partes, y en ellos está presente, por lo general, el ánimo especulativo o lucrativo de ambas partes.

Se sigue de lo dicho que pagos, reconocimientos, beneficios o ventajas que tengan un propósito distinto al de retribuir, directa, inmediata o derechamente, la actividad, tarea o

labor del trabajador, no constituyen salario, así se reciban por causa o con ocasión de la relación subordinada de trabajo.

Los criterios jurisprudenciales hasta aquí expuestos, cambiando lo que haya de cambiar (*mutatis mutandis*), son aplicables al caso bajo estudio, pues si bien a los trabajadores oficiales no se les aplica el Código Sustantivo del Trabajo, lo cierto es que los criterios doctrinales a los que se ha hecho mención en precedencia, sí tienen plena aplicabilidad respecto de estos, con el fin de determinar cuándo un pago constituye salario o no.

Conforme lo anterior y de cara al material probatorio encontramos:

- Documento denominado «**CLÁUSULA ADICIONAL DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO (...)**».

*Cláusula adicional: incorpórese, en atención a la calidad de trabajador oficial de **Edward Leonardo Anaya Alsina** el incentivo eventual por gestión, equivalente a un cinco por ciento (5%) del valor de su actual asignación básica mensual. Convenimos en que este incentivo es ocasional, temporal y no constituye factor salarial ni prestacional para ningún efecto legal. Para la aplicación de la misma se atenderá el acto administrativo de creación, los que lo modifique, aclaren o sustituyan y el procedimiento diseñado por el Área de Talento Humano para el efecto.*

Adicionalmente se tiene que dicho incentivo se creó mediante la Resolución 445 del 1° de octubre de 2014, para los trabajadores oficiales de acuerdo con su aporte al cumplimiento de los indicadores establecidos en el plan de acción por procesos que se media de manera trimestral por la Oficina Asesora de Planeación, el cual era ocasional, temporal y no constituía factor salarial ni prestacional para ningún efecto legal, por consiguiente, en el artículo 2 de este se estableció:

ARTÍCULO 2o.

Créase el incentivo eventual por gestión para los Trabajadores Oficiales de la planta global de personal de la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía, percibirán mensualmente un cinco por ciento (5%) adicional al valor de la asignación básica mensual, de acuerdo con la parte considerativa del presente acto. Dicho valor no constituye factor salarial ni prestacional para ningún efecto legal. Para la adopción del mismo se debe suscribir una cláusula adicional modificatoria de su contrato individual de trabajo.

En el informativo, obran comprobantes de nómina de junio, julio y diciembre de 2016, y de enero a abril de 2017 (f.º 36-42 exp físico), donde se observa el pago mensual del «*INCENTIVO EVENTUAL POR GESTIÓN*», el que se cancelaba en proporcionalidad a los días laborados, puesto que el sueldo básico era de \$2.030.042, y cuando trabajaba los 30 días el citado incentivo ascendía a \$101.502, y los días que estuvo de vacaciones y en incapacidad por enfermedad se le pagó proporcional a los días en que prestó el servicio.

Acogiendo la línea jurisprudencial ya referida y conforme lo señalado de las pruebas documentales, no existe duda de que el «*INCENTIVO EVENTUAL POR GESTIÓN*», retribuye de manera directa el servicio o la disposición de su fuerza de trabajo para el cual fue contratado el actor, pues este incentivo desde su creación se fijó que sería percibido de manera mensual, y por gestión, es decir, era para incentivar la actividad de los trabajadores; además, su pago no fue ocasional ni temporal, pues desde su creación hasta el 05 de mayo de 2017, cuando finalizó la relación laboral del actor, se pagaba de forma periódica, regular y acorde a los días en que se prestaba el servicio.

Adicional a que el «*INCENTIVO EVENTUAL POR GESTIÓN*», según la Resolución 445 del 1º de octubre de 2014, se pagaba **a todos** los trabajadores oficiales de forma mensual en un 5% de la asignación básica de cada uno, sin fijar condiciones para su asignación, lo que constituye un indicio de que, en realidad, se pagaba como retribución del servicio contratado, pues no se probó por parte de la demandada que su finalidad fuera diferente a la de retribuir el servicio prestado.

En este orden, pese a que las partes pactaron que este no constituía factor salarial ni prestacional, dada su naturaleza estas no tenían la competencia de cambiar la naturaleza salarial de ese concepto y, por ende, le asiste razón al actor.

Conforme lo anterior, al salario base de liquidación con el cual se le calcularon sus prestaciones legales, extralegales y vacaciones debe adicionarse el concepto «*INCENTIVO EVENTUAL POR GESTIÓN*» como factor salarial. Adicionalmente frente a las prestaciones a reliquidar y lo ya pagado encontramos la Resolución 236 del 25 de mayo de 2017, donde se registraron como factores salariales lo siguientes:

Salario Básico	\$ 2,030,042
1/12 Bonif. Servicios prestados	\$ 29,934
1/12 Prima de Servicios	\$ 86,874
1/12 Prima de vacaciones	\$ 90,672
1/12 Prima de Navidad	\$ 188,355
Base de liquidación	\$ 2,425,877

Y la liquidación final fue la siguiente:

Vacaciones Proporcional (7.6 Días)	\$ 542,676
Prima de vacaciones proporcional (7.6 Días)	\$ 542,676
Bonificación de recreación (1 Día)	\$ 68,420
Prima de servicios proporcional (10 meses)	\$ 858,323
Prima convención colectiva (10 meses)	\$ 845,851
Prima de navidad proporcional (4 meses)	\$ 745,841
Total Otros Factores Liquidación	\$ 3,603,787

Así como quiera que la única discusión dentro del proceso era si el «*INCENTIVO EVENTUAL POR GESTIÓN*» era factor salarial o no, se ordenará la reliquidación de esas mismas prestaciones, más las cesantías e intereses a estas.

Ahora, dado que la demandada propuso la excepción de prescripción, la cual conforme los artículos 488 del CST y 151 del CPTSS, aplica después de tres años de hacerse exigible la obligación, interrumpiéndose por una sola vez con el simple reclamo del derecho.

En el presente caso, el contrato de trabajo finalizó el 05 de mayo de 2017, la reclamación administrativa se presentó el **01 de agosto de 2018** a la cual se le dio respuesta el 09 de igual calenda, y la demanda se radicó el 04 de octubre de 2019, por lo cual las prestaciones causadas con anterioridad al **01 de agosto de 2015** se encuentran prescriptas, excepto de un lado, las vacaciones que se causan por año de servicio y su exigibilidad es dentro del año siguiente, por ende las del primer año de trabajo, se hicieron exigibles a partir de noviembre de 2014 y hasta noviembre de 2015, luego no están afectadas por el fenómeno de la prescripción, y de otro, las cesantías, las

que deberán reliquidarse desde las causadas en el año 2014, dado que dicho concepto solo se hace exigible a la terminación del vínculo laboral, tal y como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL, 20 nov. 2007, rad.31045, reiterada en la CSJ SL4633-2021, CSJ SL1639-2022, entre otras.

Así las cosas, se revocará la decisión de primera instancia, única y exclusivamente en el sentido de declarar que el «*INCENTIVO EVENTUAL POR GESTIÓN*» desde su creación constituye factor salarial, en consecuencia, se condenará a la demandada a integrar la base salarial para liquidación de prestaciones a partir del 1° de octubre de 2014 el concepto «*INCENTIVO EVENTUAL POR GESTIÓN*», y en consecuencia a reliquidar la prima de vacaciones, la bonificación de recreación, la prima de servicios, la prima convención colectiva, la prima de navidad, y las vacaciones, así:

Concepto por factor salarial	Valor
Incentivo eventual por gestión	\$ 101,502.00

Concepto	2014	2015	2016	2017
Días laborados por periodo	90	360	360	126
Cesantias	\$ 25,375.50	\$ 106,849.75	\$ 123,705.56	\$ 39,684.86
Prima de Servicios			\$ 50,751.00	\$ 43,138.35
Prima Convención Colectiva			\$ 50,751.00	\$ 43,138.35
Prima de Navidad		\$ 43,026.74	\$ 114,189.75	\$ 38,560.19
Vacaciones	\$ 12,687.75	\$ 50,751.00	\$ 50,751.00	\$ 17,762.85
Prima de Vacaciones		\$ 21,146.25	\$ 50,751.00	\$ 17,762.85
Bonificación de recreación		\$ 3,383.40	\$ 6,766.80	\$ 3,383.40
Total	\$ 38,063.25	\$ 225,157.14	\$ 447,666.11	\$ 203,430.85

Tabla Resumen de liquidación	
Cesantias	\$ 295,615.67
Prima de Servicios	\$ 93,889.35
Prima Convención Colectiva	\$ 93,889.35
Prima de Navidad	\$ 195,776.68
Vacaciones	\$ 131,952.60
Prima de Vacaciones	\$ 89,660.10
Bonificación de recreación	\$ 13,533.60
Valor total de la liquidación	\$ 914,317.35

INDEMNIZACIÓN MORATORIA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 1º DEL DECRETO 797 DE 1949.

Respecto de esta indemnización, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y pacífica a sostenido que no son de aplicación automática e inexorable, sino que debe analizarse en cada caso en particular el actuar del empleador a fin de determinar si este, estuvo desprovisto o no de la buena fe que debe regir por regla general en los contratos de trabajo. (CSJ SL1068-2023).

Conforme a lo expuesto, le corresponde a la Sala examinar la conducta del empleador, con el fin de determinar si existen razones atendibles, para eximirlo del pago de la referida sanción moratoria.

En el presente asunto, se evidencia que la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía actuó bajo el convencimiento que el «*INCENTIVO EVENTUAL POR GESTIÓN*» no era factor salarial, primero, porque así se estableció en la Resolución 445 del 1º de octubre de 2014, la que creó ese beneficio, y segundo, por cuanto en el documento denominado «*CLÁUSULA ADICIONAL DE MODIFICACIÓN DEL CONTRATO INDIVIDUAL DE TRABAJO (...)*», suscrito con el señor Anaya Alsina se dejó pactado que dicho emolumento no constituía factor salarial ni prestacional para ningún efecto legal, argumentos que considera esta Corporación son suficientes para tener por acreditada la buena fe de la empleadora, puesto que es solo en esta providencia, donde se le da a dicho emolumento el carácter salarial, después de hacer una interpretación de dicha Resolución y cláusula adicional al contrato de trabajo.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada, por ser la vencida en juicio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP. Las de primera instancia a cargo de la demandada.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá, única y exclusivamente, en el sentido de **DECLARAR** que el «*INCENTIVO EVENTUAL POR GESTIÓN*» desde su creación constituye factor salarial.

SEGUNDO: CONDENAR a la Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía a integrar la base salarial para liquidación de prestaciones del señor **Edward Leonardo Anaya Alsina** el concepto «*INCENTIVO EVENTUAL POR GESTIÓN*» desde el 1° de octubre de 2014 y, en consecuencia, pagar al actor la suma de **\$914.317,35** por los siguientes conceptos:

- Cesantías causadas en el año 2014, 2015, 2016, y 2017, por valor de **\$295.615,67**
- Prima de servicios causada en desde el 01 de agosto de 2015 hasta el 05 de mayo de 2017, por valor de **\$93.889,35**
- Prima convención colectiva causada en desde el 01 de agosto de 2015 hasta el 05 de mayo de 2017, por valor de **\$93.889,35** Prima de navidad causadas desde 01 de agosto de 2015 hasta el 05 de mayo de 2017, por valor de **\$195.776,68**
- Vacaciones causadas en el año 2014, 2015, 2016, y 2017, por valor de **\$131.952,60**
- Prima de vacaciones causadas desde 01 de agosto de 2015 hasta el 05 de mayo de 2017, por valor de **\$89.660,10**
- Bonificación de recreación causada desde 01 de agosto de 2015 hasta el 05 de mayo de 2017, por valor de **\$13.533,60**

TERCERO: DECLARAR probada parcialmente la excepción de prescripción respecto de la prima de vacaciones, la bonificación de recreación, la prima de servicios, la prima convención colectiva, y la prima de navidad causadas con anterioridad al **01 de agosto de 2015.**

CUARTO: ABSOLVER de la indemnización moratoria prevista en el artículo 1º del Decreto 797 de 1949.

QUINTO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada Caja Promotora de Vivienda Militar y de Policía. Las de primera instancia a cargo de la demandada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada
(Salva voto parcial)



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

SALVAMENTO PARCIAL DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE EDWARD LEONARDO ANAYA ALSINA CONTRA CAJA DE VIVIENDA MILITAR Y DE POLICIA (RAD. 15-2019-00659-01)

M.P. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Con el debido respeto de mis compañeros de sala, me permito salvar parcialmente el voto, pues si bien estoy de acuerdo con que el “incentivo eventual por gestión” constituye factor salarial, me aparto en lo referente a la absoluciónde la indemnización moratoria, pues en mi criterio la misma sí se configura y por ende la encartada debió haber sido condenada a tal rubro.

Se tiene dicho que, si a la terminación del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por la ley o convenidos por las partes, debe pagar al asalariado, una indemnización moratoria.

En relación con la indemnización en mención, la jurisprudencia reiterada y pacífica de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia bajo el radicado 32529 del 5 de marzo del 2009 ha explicado que, la misma no es una respuesta judicial automática frente al hecho objetivo de que el empleador, al terminar el contrato de trabajo, no cancele al trabajador la totalidad de salarios y prestaciones sociales adeudados, por ello, ha insistido en que el juez debe, en cada caso, de acuerdo con el material probatorio, establecer si se revela o evidencia la buena fe de aquel frente a tal conducta omisiva.

Criterio que coincide con lo planteado por la Corte Constitucional, entre otras, en la sentencia T-459 del 2017, en la que señaló que la jurisprudencia constitucional establece que es posible eximir al empleador del pago de la indemnización moratoria cuando se compruebe que éste actuó de buena fe al momento de la terminación del contrato, esto es, que tenía la conciencia de haber obrado legítimamente y con ánimo exento de fraude.

En el caso objeto de estudio, se advierte que en mi criterio no existe ninguna razón para entender que el actuar de la demandada estuvo revestido de buena fe, no siendo suficiente argüir que en el contrato de trabajo se pactó que el “Incentivo eventual por gestión” no constituye salario, o que la Resolución No 445 del 1 de octubre de 2014 así lo disponía, ya que lo que como quedó ampliamente explicado con tal concepto se remuneraba directamente la labor del actor. Además, nótese que la referida resolución no proviene de una entidad externa a la demanda, sino que es una disposición interna, con lo cual, con mayor razón puede inferirse que no podía la demandada mutuo propio ocultar la verdadera connotación salarial del “incentivo eventual por gestión”.

Al respecto, ha decantado la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL1798-2018, que:

*“En efecto, de lo expresado en líneas precedentes, quedó claro que la Fundación Mundo Mujer, indebidamente, intentó disfrazar el carácter retributivo de las comisiones devengadas por la demandante, denominándolas «bonificaciones». **Esta conducta deliberada de usar etiquetas, nombres u otras estrategias lingüísticas para desorientar, ocultar o esconder la verdad de las cosas, no puede ser considerada de buena fe**”.*

En consecuencia, la demandada no tuvo en cuenta el verdadero salario que devengaba el actor, pues se disfrazó formalmente un auxilio extralegal que realmente constituía salario, lo que, a voces de la Corte Suprema de Justicia, constituye una conducta que no puede ser considerada de buena fe, y por tanto, resultaba procedente la indemnización moratoria de que trata el artículo 1 del Decreto 797 de 1949.

En los anteriores términos dejo sentado mi salvamento de voto parcial.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105016201900768-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO BRACEROS DE FUNZA
DEMANDANDO	ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS

En Bogotá D. C. a los veinte (20) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la demandante se condene a la accionada al reembolso de las incapacidades médicas laborales a título de subsidio económico reconocidos a favor del señor Jairo Alonso Riveros Canasteros por un total de 431 días, la cual cubrió sin estar obligada a ello, a los intereses moratorios consagrados en el inciso 5 del párrafo 2 del artículo 1° de la Ley 776 de 2002, ultra y extra petita y al pago de las costas, expensas y agencias procesales.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 145-147 exp físico), señaló que el señor Jairo Alonso Riveros Canasteros fue trabajador asociado de esta, desde el

30 de enero de 2005, data desde la que estaba afiliado a la ARL Positiva, que este sufrió un accidente laboral el 20 de diciembre de 2010, razón por la que le realizaron una cirugía en el miembro superior derecho, que este estuvo incapacitado a partir del 16 de noviembre de 2011, de manera ininterrumpida hasta el 22 de noviembre de 2017, por parte de su médico tratante de la EPS, que las incapacidades dadas al trabajador fueron radicadas por esa CTA ante la demandada para su respectivo reconocimiento y pago, y que estas fueron pagadas al señor Riveros Canasteros.

Señaló que, a la presentación de esta demanda la accionada había reconocido unas incapacidades y había negado otras, por lo que le adeudaba solo las siguientes:

FECHA RADICACIÓN	FECHA INICIO	FECHA FINAL	NUMERO INCAPACIDAD
29/07/2013	27/06/2013	26/07/2013	104010000508064
12/09/2013	08/08/2013	06/09/2013	104010000515142
12/09/2013	27/07/2012	07/08/2012	55504636
13/11/2013	06/09/2013	11/09/2013	10633525
13/11/2013	12/09/2013	11/10/2013	104010000521246
13/11/2013	12/10/2013	26/10/2013	10657470
13/11/2013	27/10/2013	30/10/2013	55505306
13/11/2013	31/10/2013	29/11/2013	1041000053477
15/04/2014	05/04/2014	23/04/2014	10761450
04/08/2015	20/07/2015	18/08/2015	104010000660956
14/03/2016	27/02/2016	27/03/2016	5
18/04/2016	28/03/2016	26/04/2016	706827
23/09/2016	20/08/2016	24/08/2016	11255643
23/09/2016	25/08/2016	23/09/2016	104010000731851
12/11/2016	03/11/2016	02/12/2016	104010000744482
12/11/2016	24/10/2016	02/11/2016	55516891
12/11/2016	24/09/2016	23/10/2016	31116-1
25/04/2017	25/02/2017	26/03/2017	104010000765637
25/04/2017	27/03/2017	25/04/2017	104010000772116

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La ARL Positiva Compañía de Seguros contestó la demanda (f.º 152 exp físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que el señor Jairo Alonso Riveros Canasteros era su afiliado desde el 01 de marzo de 2005,

como trabajador dependiente, el siniestro registrado el 20/12/2010, como consecuencia de un accidente del afiliado, que su empleador CTA BRASEROS DE FUNZA ha efectuado recobros de incapacidades como se podía corroborar con las pruebas documentales de las cuales unas se han pagado y otras no; que la negación se basó en que la Historia Clínica no justificaba la prórroga de incapacidad o las mismas se encontraban traslapadas y no se solicitó por parte del afiliado la corrección de la misma.

Respecto de las incapacidades que la demandante afirma se le adeudan señaló que no tiene a su cargo obligación de pago de esas incapacidades laborales por las siguientes razones:

1. Las incapacidades que a continuación se relacionan fueron correctamente reconocidas a la Empresa demandante, tal y como a continuación se distingue:

Nro. Incapacidad	Días liquidados	Período	Fecha de pago
104010000515142	30	08/08/2013-06/09/2013	18/09/2013
55504636	12	27/07/2012-07/08/2012	27/09/2013
104010000521246	30	12/09/2013-11/10/2013	22/11/2013
10657470	15	12/10/2013-26/10/2013	22/11/2013
55505306	4	27/10/2013-30/10/2013	22/11/2013
104010000536477	30	31/10/2013-29/11/2013	22/11/2013
706827	30	28/03/2016-26/04/2016	26/04/2016
11255643	5	20/08/2016-24/8/2016	Nómina pago 16/02/2021
104010000731851	30	25/08/2016-23/09/2016	Nómina pago 16/02/2021
104010000744482	30	03/11/2016-02/12/2016	28/11/2017
55516891	10	24/10/2016-02/11/2016	28/11/2017
31116	30	24/09/2016-23/10/2016	Nómina pago 16/02/2021
104010000765637	30	25/02/2017-26/03/2017	Nómina pago 16/02/2021
104010000772116	30	27/03/2017-25/04/2017	Nómina pago 16/02/2021

2. Las siguientes incapacidades no cuentan con fundamento fáctico ni jurídico relacionado con el origen del siniestro del cual se endilga responsabilidad de pago:

Nro. Incapacidad	Días liquidados	Período	Observación
104010000508064	30	27/06/2013-26/07/2013	OBJECION. La historia clínica no justifica prórroga de la incapacidad del paciente.
10761450	19	05/04/2014-23/04/2014	OBJECION. La historia clínica no justifica prórroga de la incapacidad del paciente.
104010000660956	30	20/07/2015-29/08/2015	OBJECION. La historia clínica no justifica prórroga de la incapacidad del paciente.
10633525	6	06/09/2013-11/09/2013	OBJETADO. Incapacidad esta traslapada, se cruza con otra previamente radicada y reconocida por esta ARL. En su momento el paciente debió acudir a su EPS para solicitar corregir la incapacidad.

Formuló las excepciones de fondo, las de inexistencia de la obligación, enriquecimiento sin causa, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, prescripción, buena fe, pago y la innominada.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 12 de julio de 2021 (archivo 198-201 carpeta 1ª inst, exp digital), resolvió:

PRIMERO: Condenar a la demandada Positiva Compañía de Seguros S.A., a pagar a favor de la demandante COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO BRACEROS DE FUNZA, las siguientes incapacidades:

1. *Incapacidad No. 5 del 27 de marzo de 2016*
2. *Incapacidad No. 706827 con fecha final el 26 de abril de 2016.*
3. *Incapacidad No. 104010000744482 con fecha final el 02 de diciembre de 2016.*
4. *Incapacidad No. 55516891 con fecha final el 02 de noviembre de 2016.*
5. *incapacidad No. 104010000765637 con fecha final el 26 de marzo de 2017.*
6. *Incapacidad No. 104010000772116 con fecha final el 25 de abril de 2017.*
7. *Incapacidad No. 104010000660956 con fecha final el 18 de agosto de 2015.*

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a pagar el interés moratorio que rige para para el impuesto de renta desde las siguientes fechas que se relacionan a continuación y hasta la fecha en la que se verifique su pago.

1. *Respecto de la incapacidad No.5 a partir del día 28 de mayo de 2016.*
2. *Respecto de la incapacidad No.706827 a partir del día 27 de mayo 2016.*
3. *Respecto de la incapacidad No. 104010000744482 a partir del día 03 de febrero de 2017.*
4. *Respecto de la incapacidad No. 55516891 a partir del día 03 de enero de 2017.*
5. *Respecto de la incapacidad No.104010000765637 a partir del día 27 de mayo de 2017.*
6. *Respecto de la incapacidad No. 104010000772116 a partir del día 26 de junio de 2017.*

Y respecto de la incapacidad No. 104010000660956 se CONDENARÁ a la demandada a pagar el interés moratorio que rige para el impuesto de renta, desde el día 19 de octubre de 2015 hasta la fecha en la que se verifique su pago.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra, conforme a la parte motiva de la sentencia.

CUARTO: DECLARAR PROBADA LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN respecto de las siguientes incapacidades: 104010000515142, 5504636, 104010000521246, 10657470, 55505306 y 104010000536477, y NO PROBADAS las demás excepciones propuestas por la demandada en su contestación de demanda.

Quinto: condenar en costas de la instancia a la demandada, practíquese la liquidación por Secretaría, incluyéndose el momento de medio (1/2) SMMLV, como valor de las agencias en derecho.

El a quo fijó como problema jurídico, establecer si le asistía derecho a la parte actora a que la demandada le reconozca y pague 19 incapacidades reclamadas, las cuales se dieron con ocasión del siniestro ocurrido al trabajador Jairo Alonso Riveros Canasteros; y analizar si procedía el pago de los intereses moratorios sobre esos conceptos.

Indicó que, conforme el artículo 206 de la Ley 100 de 1993 las incapacidades originadas en enfermedad profesional y/o accidente de trabajo serían reconocidas por las EPS y se financiarían con cargo a los recursos destinados para el pago de dichas contingencias en el régimen de riesgos laborales, citó textualmente el artículo 1º del Decreto 1295 de 1994; afirmó que tanto en Ley 776 de 2002, como en el Decreto 2943 de 2013, se establecía que en el Sistema General de Riesgos Laborales las Administradoras de Riesgos Laborales reconocerían las incapacidades temporales desde el día siguiente de ocurrido el accidente de trabajo o la enfermedad diagnosticada como laboral, pago que se debe realizar íntegramente hasta que i) la persona quede rehabilitada y por tanto reincorporada a su puesto de trabajo; ii) se le califique su estado de incapacidad parcial permanente y en este caso se indemnice; o iii) en los casos en que se califique la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje superior a 50%, adquiriendo del derecho a la pensión de invalidez.

Concluyó que, eran las administradoras de riesgos laborales las que tenían la obligación de garantizar las prestaciones asistenciales y económicas que se originaran como consecuencia del accidente o enfermedad laboral, lo que incluía entre otras, las incapacidades. Citó la sentencia CSJ SL, 23 feb. 2010, rad. 33265.

Al descender al caso señaló, que de la contestación de la demanda se evidencia que la ARL Positiva había señalado que de las 19 incapacidades reclamadas, ya 15 se encontraba en estado de aprobadas y liquidadas; que en la audiencia del artículo 80 del

CPTSS, la parte demandante había informado que la demandada los días 16 de marzo y 11 de mayo de 2021, había realizado el pago de 3 incapacidades a saber: i) 11255643; ii) 104010000631851; y iii) 311161, por lo que, de las 15 incapacidades no objetadas, en el proceso solo se había acreditado el pago de tres de ella, por ende, ante la falta de prueba de pago de las demás debía condenarse a la cancelación de las mismas, pero que, antes debía estudiar la excepción de prescripción.

Sostuvo que, conforme los artículos 488 y 489 del CST y 151 del CPTSS, señalaban el termino de 3 años para la prescripción de los derechos sociales, que se cuentan desde que la respectiva obligación se hace exigible; que la reclamación administrativa era del 30 de junio de 2017, por lo que las incapacidades exigibles con anterioridad al 30 de junio de 2014, se encontraban prescritas por no haberse reclamado en tiempo, las cuales identificó así:

FECHA RADICACIÓN	FECHA INICIO	FECHA FINAL	NUMERO INCAPACIDAD
12/09/2013	08/08/2013	06/09/2013	104010000515142
12/09/2013	27/07/2012	07/08/2012	55504636
13/11/2013	12/09/2013	11/10/2013	104010000521246
13/11/2013	12/10/2013	26/10/2013	10657470
13/11/2013	27/10/2013	30/10/2013	55505306
13/11/2013	31/10/2013	29/11/2013	1041000053477

Refirió que, de esas 19 incapacidades reclamadas, la demandada había objetado 4, a saber: i) 104010000508064; ii) 10761450; iii) 101010000660956; y iv) 10633525 por considerar que eran de origen común, que no obraba justificación de prórroga o que estaba traslapada.

Al analizar la historia clínica del paciente junto con las incapacidades dadas, encontró que la incapacidad 101010000660956 estaba fundamentada en el siniestro laboral ocurrido al señor Jairo Alonso Riveros Canasteros, por ende, había lugar a su pago. De las otras tres, no encontró pruebas y por ello absolvió de su pago, pues era deber de la parte actora traer las pruebas en que sustentaba sus peticiones.

Frente a los intereses moratorios, expuso que el inciso 5º del párrafo 2º del artículo 1º de la Ley 776 de 2002, establecía que las ARL tenían la obligación de pago de las prestaciones económicas dentro de los dos meses siguientes contados desde la fecha en la cual se alleguen o acrediten los requisitos exigidos para su reconocimiento, y que vencido ese término debía reconocer y pagar, en adición a la prestación económica, un interés moratorio igual al que regía para el impuesto de renta y complementarios en proporción a la duración de la mora, sin perjuicio de las sanciones a que hubiese lugar. Que como la demandada había reconocido las siguientes incapacidades, debían pagarse los intereses moratorios que rigen el impuesto de renta desde las fechas determinadas hasta que se verifique su pago, sin perjuicios de las que se encuentran prescriptas, así:

FECHA RADICACIÓN	FECHA INICIO	FECHA FINAL	NÚMERO INCAPACIDAD	FECHA DESDE LA QUE DEBE PAGARSE EL INTERÉS MORATORIO
12/09/2013	08/08/2013	06/09/2013	104010000515142	prescritas
12/09/2013	27/07/2012	07/08/2012	55504636	
13/11/2013	12/09/2013	11/10/2013	104010000521246	
13/11/2013	27/10/2013	30/10/2013	55505306	
13/11/2013	31/10/2013	29/11/2013	1041000053477	
14/03/2016	27/02/2016	27/03/2016	5	28/05/2016
18/04/2016	28/03/2016	26/04/2016	706827	27/05/2016
12/11/2016	03/11/2016	02/12/2016	104010000744482	03/02/2017
12/11/2016	24/10/2016	02/11/2016	55516891	03/01/2017
25/04/2017	25/02/2017	26/03/2017	104010000765637	27/05/2017
25/04/2017	27/03/2017	25/04/2017	104010000772116	26/06/2017
		18/08/2015	104010000660956	19/10/2015

RECURSO DE APELACIÓN

La ARL Positiva presentó recurso de apelación en contra de todas las órdenes a ella impuestas, afirmando que las incapacidades ordenadas en el fallo ya se habían reconocido y pagado, tal como se podía observar en las pruebas que trajo en la que se podía observar incluso la fecha de cancelación, explicando:

Nro. Incapacidad	Días liquidados	Período	Fecha de pago
104010000515142	30	08/08/2013-06/09/2013	18/09/2013
55504636	12	27/07/2012-07/08/2012	27/09/2013
104010000521246	30	12/09/2013-11/10/2013	22/11/2013
10657470	15	12/10/2013-26/10/2013	22/11/2013
55505306	4	27/10/2013-30/10/2013	22/11/2013
104010000536477	30	31/10/2013-29/11/2013	22/11/2013
706827	30	28/03/2016-26/04/2016	26/04/2016
11255643	5	20/08/2016-24/8/2016	Nómina pago 16/02/2021
104010000731851	30	25/08/2016-23/09/2016	Nómina pago 16/02/2021
104010000744482	30	03/11/2016-02/12/2016	28/11/2017
55516891	10	24/10/2016-02/11/2016	28/11/2017
31116	30	24/09/2016-23/10/2016	Nómina pago 16/02/2021
104010000765637	30	25/02/2017-26/03/2017	Nómina pago 16/02/2021
104010000772116	30	27/03/2017-25/04/2017	Nómina pago 16/02/2021

Advirtió que los soportes de pago se allegaron con la contestación de la demanda, por lo que solicitaba se realizara una adecuada valoración de las pruebas, para no incurrir en un doble pago de las incapacidades reclamadas.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación formulado por la demandada ARL POSITIVA COMPAÑÍA DE SEGUROS, en estricta aplicación del principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del CPTSS.

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si las siete (7) incapacidades frente a las cuales el *a quo* efectuó condena, se encuentran pagadas y si hay lugar a revocar alguna condena.

Como quiera que la única inconformidad de la parte recurrente radica en que las 7 incapacidades a las que fue condenada ya fueron pagadas, entrará esta Sala a verificar si ello es así.

- Incapacidad # 104010000660956 con fecha de inicio 20/07/2015 y fecha final 29/08/2015.

Dentro del expediente, no obra prueba de que esta hubiese sido pagada; es más, a lo largo de la contestación de la demanda, indicaron que esta se había objetado porque no existía justificación de su prórroga en la historia clínica, así:

Nro. Incapacidad	Días liquidados	Periodo	Observación
104010000508064	30	27/06/2013-26/07/2013	OBJECION. La historia clínica no justifica prórroga de la incapacidad del paciente.
10761450	19	05/04/2014-23/04/2014	OBJECION. La historia clínica no justifica prórroga de la incapacidad del paciente.
104010000660956	30	20/07/2015-29/08/2015	OBJECION. La historia clínica no justifica prórroga de la incapacidad del paciente.
10633525	6	06/09/2013-11/09/2013	OBJETADO. Incapacidad esta traslapada, se cruza con otra previamente radicada y reconocida por esta ARL. En su momento el paciente debió acudir a su EPS para solicitar corregir la incapacidad.

De este certificado de incapacidad que obra en el expediente, se observa que fue expedida por el médico tratante, como prórroga del diagnóstico R522, esto es, dolor crónico, y se especifica «convenio compañía de seguros S.A., riesgos laborales».

Y dentro de la historia laboral (f.º 64 exp físico), se evidencia que el señor Jairo Alonso estuvo en consulta en la Clínica San Rafael el 23/07/2015, donde se refiere que tiene un antecedente de fractura del escafoides de la mano izquierda (20/12/2010), y que estaba manejando el dolor con medicamentos, y entre otras cosas se le renovaba su incapacidad por 30 días, de inicio 20/07/2015, y fecha final 29/08/2015.

Conforme lo anterior, la objeción propuesta por la ARL no encuentra sustento como quiera que la historia clínica si justificó la prórroga de la incapacidad, luego esta condena tendrá que confirmarse.

- Incapacidad # 5 con fecha de inicio 27/02/2016 y fecha final 27/03/2016

En efecto en el expediente obra prueba de su pago conforme el «*reporte de incapacidades temporales liquidadas por el afiliado*» allegada por la demandada, en donde se observa que se canceló a la empresa, por valor de \$830.794 con # de nómina 3326 del Banco de Bogotá, # de orden de pago 1811140114 y fecha de pago 30 de marzo de 2016.



Reporte de Incapacidades Temporales Liquidadas por Afiliado

CC 79885419 JAIRO ALONSO RIVEROS CANAESTEROS Impreso: 08/02/2021 17:56:52
 NIT: **NI 900017379** Página 5 de 7
 RAZÓN SOCIAL: **COPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO BRACEROS DE FUNZA**

Fecha AT	N. Incapacidad	IBC	Días Reg.	Fecha Inicio	Fecha Fin	Días Liq.	Diag.	Fecha Liquidación	Pagar a	Nro Liq	Valor Incap.	Aportes Salud	Aportes pensión	Primera Nómina	N. Nómina	Envío Nómina	Nro Orden Pago	Fecha Pago	Tutela
SOLICITUD: 549785-1 FECHA REGISTRO: 14/03/2016 TIPO PAGO: COBRO DIRECTO NRO INTERNO: 7165197 C 093266914 BANCO DE BOGOTA																			
20/12/2010	5	689.455	30	27/02/2016	27/03/2016	30	S630	18/03/2016	Empresa	1	830.794	58.604	82.735		3326	22/03/2016	1811140114	30/03/2016	

Entonces, al evidenciar que esta si fue cancelada, habrá de revocarse la decisión de instancia, respecto de la condena impuesta por esta y de los intereses moratorios que sobre ella recaían.

- Incapacidad # 706827 con fecha de inicio 28/03/2016 y fecha final 26/04/2016.

En efecto, en el expediente obra prueba de su pago conforme el «*reporte de incapacidades temporales liquidadas por el afiliado*» allegada por la demandada, en donde se observa que se pagó a la empresa, por valor de \$830.794 con # de nómina 3377 del Banco de Bogotá, # de orden de pago 1811156921 y fecha de pago 26 de abril de 2016.



Reporte de Incapacidades Temporales Liquidadas por Afiliado

CC 79885419 JAIRO ALONSO RIVEROS CANAESTEROS Impreso: 08/02/2021 17:56:52
 NIT: **NI 900017379** Página 5 de 7
 RAZÓN SOCIAL: **COPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO BRACEROS DE FUNZA**

Fecha AT	N. Incapacidad	IBC	Días Reg.	Fecha Inicio	Fecha Fin	Días Liq.	Diag.	Fecha Liquidación	Pagar a	Nro Liq	Valor Incap.	Aportes Salud	Aportes pensión	Primera Nómina	N. Nómina	Envío Nómina	Nro Orden Pago	Fecha Pago	Tutela
SOLICITUD: 557487-1 FECHA REGISTRO: 18/04/2016 TIPO PAGO: COBRO DIRECTO NRO INTERNO: 7171021 C 093266914 BANCO DE BOGOTA																			
20/12/2010	706827	689.455	30	28/03/2016	26/04/2016	30	F454	18/04/2016	Empresa	1	830.794	58.604	82.735		3377	19/04/2016	1811156921	26/04/2016	

Así, al evidenciar que esta fue pagada, habrá de revocarse la decisión de instancia, respecto de la condena impuesta por esta y de los intereses moratorios que sobre ella recaían.

- Incapacidad # 104010000744482 con fecha de inicio 03/11/2016 y fecha final 02/12/2016.

Dentro del expediente no obra prueba de que esta hubiese sido pagada, y por el contrario obra el certificado de esa incapacidad, la cual se dio por treinta (30) días, y se puso como observaciones «*paciente con síndrome de dolor crónico regional*», y fue expedida por el médico tratante; por lo tanto, esta condena se mantendrá.

- Incapacidad # 55516891 con fecha de inicio 24/10/2016 y fecha final 02/11/2016.

En efecto en el expediente obra prueba de su pago conforme el «*reporte de incapacidades temporales liquidadas por el afiliado*» allegada por la demandada, en donde se observa que se pagó a la empresa, por valor de \$276.931 con # de nómina 4388 del Banco de Bogotá, # de orden de pago 8500457756 y fecha de pago 28/11/2017.



Reporte de Incapacidades Temporales Liquidadas por Afiliado

CC 79885419 JAIRO ALONSO RIVEROS CANAESTEROS

Impreso: 08/02/2021 17:56:52
Página 6 de 7

NIT: NI 900017379

RAZÓN SOCIAL: COPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO BRACEROS DE FUNZA

Fecha AT	N. Incapacidad	IBC	Dias Reg.	Fecha Inicio	Fecha Fin	Dias Liq.	Diag.	Fecha Liquidación	Pagar a	Nro Liq	Valor Incap.	Aportes Salud	Aportes pensión	Primera Nómina	N. Nómina	Envío Nómina	Nro Orden Pago	Fecha Pago	Tutela
SOLICITUD: 571410-1 FECHA REGISTRO: 10/06/2016 TIPO PAGO: COBRO DIRECTO NRO INTERNO: 7223414 C 093266914 BANCO DE BOGOTA																			
20/12/2010	31642	689.455	30	27/05/2016	25/06/2016	30	S602	17/01/2017	Empresa	1	830.794	58.604	82.735	3813	18/01/2017	1811407212	19/01/2017		
SOLICITUD: 578332-2 FECHA REGISTRO: 08/07/2016 TIPO PAGO: COBRO DIRECTO NRO INTERNO: 7197298 C 093266914 BANCO DE BOGOTA																			
20/12/2010	55515298	689.455	25	26/06/2016	20/07/2016	25	S628	10/09/2016	Empresa	1	692.328	48.836	68.946	3611	13/09/2016	1811304845	14/09/2016		
SOLICITUD: 582461-1 FECHA REGISTRO: 25/07/2016 TIPO PAGO: COBRO DIRECTO NRO INTERNO: 7187928 C 093266914 BANCO DE BOGOTA																			
20/12/2010	17474	689.455	30	21/07/2016	19/08/2016	30	F454	25/07/2016	Empresa	1	830.794	58.604	82.735	3526	26/07/2016	1811221296	27/07/2016		
SOLICITUD: 612008-2 FECHA REGISTRO: 12/11/2016 TIPO PAGO: COBRO DIRECTO NRO INTERNO: 7295460 C 093266914 BANCO DE BOGOTA																			
20/12/2010	55516891	689.455	10	24/10/2016	02/11/2016	10	S602	22/11/2017	Empresa	1	276.931	19.535	27.578	4388	23/11/2017	8500457756	28/11/2017		

En este orden, al advertirse que esta fue cancelada, habrá de revocarse la decisión de instancia, en cuanto a la condena de esta y de los intereses moratorios que sobre ella recaían.

- Incapacidad # 104010000765637 con fecha de inicio 25/02/2017 y fecha final 26/03/2017.

Dentro del expediente no obra prueba de que esta hubiese sido pagada, y si bien la parte demandada alega que realizó ese pago el 16 de febrero de 2021, lo cierto es que al expediente no se allegó constancia de dicho pago, pues de las pruebas obrantes en el expediente tan solo se lee lo siguiente, sin que ello tenga la virtualidad de probar el desembolso de este:

25/04/2017 10:56:40 a. m.	104010000765637	25/02/2017 12:00:00 a. m.	26/03/2017 12:00:00 a. m.	30	APROBADA-SIN LIQUIDAR	Se envia anomina para pago el 16/02/2021	
---------------------------	-----------------	---------------------------	---------------------------	----	-----------------------	--	--

Por lo tanto, esta condena se mantendrá.

- Incapacidad # 104010000772116 con fecha de inicio 27/03/2017 y fecha final 25/04/2017.

Dentro del expediente no obra prueba de que esta hubiese sido pagada, y si bien la parte demandada alega que realizó ese pago el 16 de febrero de 2021, lo cierto es que al expediente no se allegó constancia de dicho pago, pues de las pruebas obrantes en el expediente tan solo se lee lo siguiente, sin que ello tenga la virtualidad de probar el desembolso de este:

25/04/2017 10:56:40 a. m.	104010000772116	27/03/2017 12:00:00 a. m.	25/04/2017 12:00:00 a. m.	30	APROBADA-SIN LIQUIDAR	Se envia anomina para pago el 16/02/2021	
---------------------------	-----------------	---------------------------	---------------------------	----	-----------------------	--	--

Así las cosas, se revocará la decisión de primera instancia solo frente a las siguientes:

1. Incapacidad # 5 con fecha de inicio 27/02/2016 y fecha final 27/03/2016
2. Incapacidad # 706827 con fecha de inicio 28/03/2016 y fecha final 26/04/2016.
3. Incapacidad # 55516891 con fecha de inicio 24/10/2016 y fecha final 02/11/2016.

Frente a las demás se confirmará la decisión de instancia.

Sin costas.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR los ítem 1, 2, y 4 del numeral primero de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

PRIMERO: Condenar a la demandada Positiva Compañía de Seguros S.A., a pagar a favor de la demandante COOPERATIVA DE TRABAJO ASOCIADO BRACEROS DE FUNZA, las siguientes incapacidades:

- 1. Incapacidad No. 104010000744482 con fecha final el 02 de diciembre de 2016.*
- 2. incapacidad No. 104010000765637 con fecha final el 26 de marzo de 2017.*
- 3. Incapacidad No. 104010000772116 con fecha final el 25 de abril de 2017.*
- 4. Incapacidad No. 104010000660956 con fecha final el 18 de agosto de 2015.*

SEGUNDO: REVOCAR los ítem 1, 2, y 4 del numeral segundo de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Dieciséis Laboral del Circuito de Bogotá, el cual quedará así:

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a pagar el interés moratorio que rige para para el impuesto de renta desde las siguientes fechas que se relacionan a continuación y hasta la fecha en la que se verifique su pago.

- 1. Respecto de la incapacidad No. 104010000744482 a partir del día 03 de febrero de 2017.*
- 2. Respecto de la incapacidad No.104010000765637 a partir del día 27 de mayo de 2017.*
- 3. Respecto de la incapacidad No. 104010000772116 a partir del día 26 de junio de 2017.*
- 4. Respecto de la incapacidad No. 104010000660956 a partir del 19 de octubre de 2015.*

TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia apelada.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310502920190017201
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	BLANCA STELLA ÁVILA DE SÁNCHEZ
DEMANDADO	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL –UGPP-

En Bogotá D. C. a los veinte (20) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Blanca Stella Ávila De Sánchez** se **condene** a la UGPP a reconocer la pensión de jubilación convencional a su favor, a partir del 10 de septiembre de 2007, bajo los parámetros y condiciones del artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo, suscrita entre el ISS y Sintraseguridadsocial el 31 de octubre de 2001; se **condene** a liquidar y pagar esta prestación, teniendo en cuenta una tasa de reemplazo equivalente al 100% del promedio de lo recibido durante los últimos tres años de servicio exclusivo al ISS, incluyendo todos los factores de remuneración percibidos; que se **condene** a la demandada al reconocer y pagar los intereses de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, y 195 del C.P.A.C.A., a partir del 10 de septiembre de 2007, y hasta la fecha en que se verifique su pago; que se **condene** a la demandada al pago de las sumas adeudadas debidamente indexadas, conforme certificación expedida por el DANE; que se **condene** a la demandada a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 71 a 74), señaló en síntesis, que laboró con el ISS un total de 1.428 semanas, equivalentes a 27 años, 9 meses y 5 días; que el servicio fue prestado entre el 01 de enero de 1976 al 31 de diciembre de 1994 y del 01 de enero de 1995 al 25 de junio de 2003; que durante su vinculación ostentó la calidad de trabajador oficial; que nació el 10 de septiembre de 1957, cumpliendo los 50 años de edad en el año 2007; que entre la organización sindical Sintraseguridadsocial y el ISS, se suscribió una convención colectiva de trabajo el 31 de octubre de 2001, con vigencia diferencial, conforme lo señalado en el artículo 2 de la Convención Colectiva de Trabajo; que el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo, establece una vigencia que va mas allá del año 2017; que se encuentra afiliada a la Organización Sindical Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social; que el 10 de octubre de 2018 se solicitó ante la UGPP el reconocimiento de la pensión convencional del ISS; que mediante Resolución No. RDP 003418 del 5 de febrero de 2019, la UGPP negó su reconocimiento; que en virtud de lo dispuesto en el artículo 98 de la Convención Colectiva, su aplicación se da manera directa y no en virtud de prorrogas automáticas; que mediante Decreto 2013 de 2012, se ordenó la supresión y liquidación del ISS y al tenor del artículo 27, se estableció que la UGPP asumiría la administración de los derechos pensionales legalmente reconocidos por el ISS en liquidación, en su calidad de empleador, en los términos de los artículos 1 y 2 del Decreto 169 de 2008.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La **UGPP** contestó (f° 99 a 108), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, manifestó que no le constaban o no eran ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las de incompatibilidad pensional en razón a la naturaleza jurídica de la pensión convencional y la pensión legal, a partir del Acto Legislativo 01 de 2005 las pensiones se causan siempre y cuando reúnan todos los requisitos para causar las pensiones y de conformidad con las leyes del Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, ausencia de fundamentos jurídicos, prescripción, buena fe e innominada.

En atención a lo dispuesto en los Acuerdos PCSJA21-11766 del 11 de marzo de 2021, el expediente de la referencia, fue trasladado del Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá al Juzgado Segundo (2º) Transitorio Laboral del Circuito del mismo distrito judicial.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Segundo (2º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 12 de agosto de 2021 (fº 143 a 146 exp. físico), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que la señora BLANCA STELLA ÁVILA DE SÁNCHEZ tiene derecho a la pensión de jubilación convencional de que trata el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo con vigencia 2001-2004, suscrita entre el ISS en calidad de empleador y el sindicato SINTRASEGURIDAD SOCIAL, a partir del 10 de septiembre de 2007, con una mesada equivalente al 100% del promedio mensual percibido en los dos últimos años de servicio.

SEGUNDO: CONDENAR a la UGPP, como administradora de los derechos pensionales reconocidos por el ISS en su calidad de empleador, y a reconocer y pagar la pensión de jubilación convencional a la demandante BLANCA STELLA ÁVILA DE SÁNCHEZ, a partir del 10 de septiembre de 2007, en cuantía de 1.452.687 y por 13 mesadas al año. La anterior prestación económica tiene el carácter de compartida con la pensión reconocida por COLPENSIONES, correspondiéndole a la UGPP, pagar la diferencia que resulte entre las dos asignaciones pensionales, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del precitado artículo 98 de la convención colectiva de trabajo.

TERCERO: CONDENAR a la UGPP pagar a la demandante BLANCA STELLA ÁVILA DE SÁNCHEZ, la suma de \$45.241.939, por concepto de las diferencias pensionales surgidas entre la pensión de jubilación convencional y la pensión de vejez reconocida por COLPENSIONES, causada desde el 10 de octubre de 2015 al 31 de julio de 2021. No obstante lo anterior, se autoriza a la UGPP para que del retroactivo pensional efectúe los descuentos legales para el sistema general de seguridad social en salud.

CUARTO: CONDENAR a la UGPP a indexar las sumas adeudadas por concepto de retroactivo pensional y hasta cuando se realice su pago efectivo.

QUINTO: DECLARAR NO probadas las excepciones denominadas “incompatibilidad pensional en razón a la naturaleza jurídica de la pensión convencional y la pensión legal”, “ausencia de fundamentos jurídicos” y probada parcialmente la excepción de prescripción, respecto de las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 10 de octubre de 2015, propuestas por la demandada UGPP.

SEXTO: CONDENAR en costas a la demandada UGPP. Se fijan como agencias en derecho la suma de un smlmv.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que la demandante había cumplido con el requisito de procedibilidad exigido en el artículo 6 del CPTSS, como quiera que, elevó petición el 10 de octubre de 2018.

De igual forma, sostuvo que no se encontraba en discusión dentro del proceso que, la demandante había laborado para el ISS desde el 1 de enero de 1976 al 25 de junio de 2003; que ostentó la calidad de trabajadora oficial y desempeño el cargo de auxiliar de servicios administrativos grado 12; que había nacido el 10 de septiembre de 1957, cumpliendo los 50 años de edad en el año 2007; que entre el ISS y el sindicato Sintraseguridadsocial, se celebró convención colectiva de trabajo con vigencia 2001-2004; que a la actora le fueron reconocidas las siguientes prestaciones económicas, según se desprendía de la Resolución RDP 003418 del 5 de febrero de 2019: a) pensión de jubilación por parte de la ESE Policarpa Salavarrieta en calidad de empleador, b)

pensión de jubilación por parte del ISS en calidad de empleador y c), pensión de vejez compartida por parte de Colpensiones a partir del 10 de septiembre de 2012, en cuantías de \$1.333106.

Respecto a la pensión convencional, sostuvo que en los términos del artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo, la pensión puede ser adquirida por los extrabajadores que al momento del retiro tengan acreditado el tiempo de servicios, pero no la edad, pues esta puede ser cumplida con posterioridad a la finalización de su contrato, como quiera que esta simplemente corresponde a una condición futura y un requisito de exigibilidad, mas no de causacion.

Luego de dar lectura al artículo 98 de la Convención Colectiva, concluyó que la demandante al laborar para el ISS 1.428 semanas entre el 1 de enero de 1976 al 25 de junio de 2003 y cumplir 50 años de edad el 10 de septiembre de 2007, había causado su derecho pensional previamente a la vigencia de la convención, debido a que para la fecha de su expedición, ya había servido a su empleador por más de 20 años, por lo tanto, le asistía derecho a la pensión convencional a partir del 10 de septiembre de 2007, con una mesada equivalente al 100% del promedio mensual de lo percibido en los 2 últimos años de servicio, el cual corresponde a \$1.452.687.

Aclaró que esta prestación tiene el carácter de compartida con la pensión reconocida por Colpensiones, por tal razón, le corresponde a la UGPP pagar la diferencia resultante entre las dos asignaciones pensionales, conformidad lo dispuesto en el inciso final del artículo 98 de la Convención Colectiva.

Respecto a la excepción de prescripción, sostuvo que la reclamación administrativa fue presentada el 10 de octubre de 2018, por ello declaró prescritas las diferencias pensionales causadas con anterioridad al 10 de octubre de 2015, conforme lo dispuesto en los artículos 488 del CST y el artículo 151 del CPT y SS.

Por lo anterior y luego de indexar la mesada pensional convencional al año 2015, estableció que para esta anualidad, esta correspondía a \$1.953.417, y la legal reconocida por Colpensiones ascendía a \$1.443.079, de acuerdo con ello, y al aplicar la variación porcentual anual, halló como retroactivo pensional, la suma de \$45.241.939, que corresponde a la diferencia pensional surgida entre la pensión de jubilación y la pensión de vejez reconocida por Colpensiones, causadas desde el 10 de octubre de 2015 al 31 de julio de 2021.

Finalmente, negó los intereses moratorios, al considerar que el art. 141 de la ley 100 de 1993, no cobija las pensiones convencionales, razón por la que dispuso que el retroactivo fuera debidamente indexado.

RECURSO DE APELACIÓN

La **UGPP**, impetró recurso de apelación, con la finalidad que se revoque la sentencia apelada, para el efecto sostuvo que, las pretensiones de la demanda no están llamadas a prosperar, como quiera se le estarían reconociendo tres pensiones a la demandante del mismo erario.

Sostiene que la convención colectiva aplicable al caso, feneció antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, adicionalmente afirma que los requisitos para su causación fueron cumplidos con posterioridad a su expedición, como quiera que la edad fue cumplida en el año 2007; por lo tanto, no es acreedora a la pensión solicitada.

No fue propuesto recurso de apelación por la parte accionante.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la Unidad Administrativa Especial de Gestión Pensional y Contribuciones Parafiscales de la Protección Social –UGPP-, así como en el grado jurisdiccional de consulta en su favor en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si a la demandante le asiste derecho al reconocimiento y pago de la pensión de jubilación convencional establecida en el artículo 98 de la Convención Colectiva de Trabajo 2001-2004, suscrita entre extinto Instituto de los Seguros Sociales y el Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social –SINTRASEGURIDADSOCIAL, a pesar de lo dispuesto en el Acto Legislativo 001 de 2005; si esta subsiste de manera paralela con las de origen legal otorgada por el extinto Instituto de Seguros Sociales y la ESE Policarpa Salavarrieta, en su calidad de empleadores, hoy a cargo de la UGPP, o si esta debe ser subrogada y compartida con la de vejez concedida por Colpensiones.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la señora Blanca Stella Ávila De Sánchez nació el 10 de septiembre de 1957, por lo tanto, los 50 años de edad fueron cumplidos el mismo día y mes del año 2007 (f° 4); **ii)** que estuvo vinculada como trabajadora oficial con el extinto Instituto de

Seguros Sociales, entre el 1 de enero de 1976 al 25 de junio de 2003; *iii*) que el cargo desempeñado por la actora fue el de Auxiliar de Servicios Administrativos Grado 12 (f° 13 y 20); *iv*) que el promedio de lo devengado en los últimos dos años de servicio fue \$1.452.687 (f° 14 a 19); y *v*) que estuvo afiliada al Sindicato Nacional de Trabajadores de la Seguridad Social – SINTRASEGURIDADSOCIAL (f° 21);

VIGENCIA DE LA CONVENCIÓN COLECTIVA DE TRABAJO Y PENSIÓN DE JUBILACIÓN CONVENCIONAL

En lo que se refiere a la vigencia de las normas convencionales que contemplan derechos de índole pensional, el parágrafo 3° del Acto Legislativo 01 de 2005, establece que estos beneficios convencionales perderían vigencia al 31 de julio de 2010; de igual forma el parágrafo 2° de dicha normativa, dispuso que a partir de la entrada en vigencia del mismo, no podían establecerse en pactos, convenciones colectivas de trabajo, laudos o acto jurídico alguno, condiciones pensionales diferentes a las establecidas en las leyes del Sistema General de Pensiones.

En el presente caso, se discute que la demandante cumplió los requisitos para acceder a la prestación reclamada con posterioridad a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, luego, resulta pertinente verificar si la convención colectiva con vigencia 2001-2004, siguió operando, al entenderse que la misma se prorrogó dada la falta de denuncia o de la celebración de acuerdos posteriores.

A fin de resolver dicha controversia, se tiene que el Comité de Libertad Sindical de la OIT, recomendó al Estado Colombiano respetar el derecho a la negociación colectiva en lo referente a las pensiones de jubilación, al conocer del caso relacionado con el mencionado acto legislativo, en el que si bien reconoce el derecho de los Estados en reglamentar el tema de las pensiones, subraya la necesidad de que los mismos respeten el principio del derecho a la negociación colectiva y, por ende, considera que las convenciones colectivas celebradas con anterioridad a la entrada en vigor de dicho acto legislativo, deberían continuar conservando todos sus efectos incluyendo lo referente en las cláusulas de pensiones hasta la fecha de su vencimiento, aunque ésta sea posterior al 31 de julio de 2010 y pide al Gobierno que adopte las medidas correctivas pertinentes y que mantenga informado sobre las medidas adoptadas.

Es así, como dicho Comité en el caso 2434 de Colombia, sobre el Acto legislativo 01 de 2005, en el año 2008, señaló:

Recomendaciones del Comité...62671. En vista de las conclusiones provisionales que anteceden, el Comité invita al Consejo de Administración a que apruebe las recomendaciones siguientes:

a) En lo que respecta a los alegatos relativos a la limitación del derecho de negociación colectiva en virtud de la reciente adopción del acto legislativo núm. 01, de 22 de julio de 2005, que modifica el artículo 48 de la Constitución Política sobre seguridad social, el Comité:

i) en cuanto a las convenciones celebradas con anterioridad a la entrada en vigor de la legislación, pide una vez más al Gobierno 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;

mi) en cuanto a los convenios celebrados después de la entrada en vigor del acto legislativo núm. 01, pide una vez más al Gobierno que teniendo en cuenta las circunstancias particulares de este caso, y con el fin de garantizar la armonía de las relaciones laborales del país, realice de nuevo consultas detalladas dirigidas exclusivamente a los interlocutores sociales acerca de las jubilaciones y las pensiones, a fin de encontrar una solución negociada aceptable para todas las partes interesadas y de conformidad con los convenios sobre libertad sindical y negociación colectiva ratificados por Colombia, en particular asegurando que las partes en la negociación colectiva puedan mejorar las prestaciones legales sobre pensiones y esquemas de pensiones por mutuo acuerdo.

En el mismo sentido, se encuentra el concepto de la Comisión de Expertos en convenios y normas internacionales del trabajo de la OIT del 24 de febrero de 2010, el cual retomó el tema y ratifica lo dicho por el comité de libertad sindical; adicionalmente observa que si las convenciones pierden vigencia en virtud del Acto Legislativo, ello puede implicar una modificación unilateral del contenido de los convenios colectivos firmados, lo cual es contrario a los principios de la negociación colectiva así como al principio de los derechos adquiridos por las partes.

De lo expuesto, se puede concluir que las convenciones colectivas que se suscribieron o se prorrogaron antes de la vigencia del acto legislativo se mantienen inamovibles en cuanto al derecho pensional, luego la interpretación del artículo 48 C.P. se debe aplicar de manera integral, en armonía con los demás artículos constitucionales en especial, los artículos 53, 55, 58 y 93 de la C.N., los Convenios y recomendaciones de la OIT y los tratados de derechos humanos; por ende, los trabajadores beneficiarios de la convención, tienen el derecho adquirido en cuanto a la cláusula convencional en pensiones suscrita con el empleador, debido a la entrada del tránsito legislativo, el cual no derogó de ninguna manera las convenciones que se negociaron antes de su expedición o en el lapso de supervivencia de los mismos que en ella se contemplan.

Al respecto, la Corte Constitucional ha establecido que cuando exista un conflicto entre la legislación interna y las normas internacionales, el juez debe preferir aquella disposición que sea más favorable para el goce y la protección de los derechos. (Sentencias C- 406/96; C-251/97; T-1319/01), argumentos estos que fueron acogidos por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en reciente pronunciamiento, al analizar un caso análogo al que ocupa hoy la atención de esta Sala

y frente a la misma entidad; fue así como en la sentencia CSJ SL3635-2020, rectificó parcialmente su criterio e indicó:

Explicó entonces la Sala que las reglas pensionales de carácter convencional que se hubieren suscrito por primera vez antes de la expedición del Acto Legislativo 01 de 2005, la expresión «término inicialmente pactado» hace alusión al tiempo de duración expresamente acordado por las partes de modo que, «si ese término estaba en curso al momento de entrada en vigencia del acto legislativo, ese convenio colectivo regiría hasta cuando finalizara», aunque fuere posterior al 31 de julio de 2010.

[...]

Al referirse a la prórroga automática de la convención colectiva que venía operando antes del 29 de julio de 2005, adujo que continuarían rigiendo, pero, que, en todo caso, conforme al límite constitucional, se extinguirían el 31 de julio de 2010.

[...]

De manera que esa línea jurisprudencial no admitía que una convención colectiva que llegare a su fecha de extinción conforme al término inicialmente pactado, pudiera ser objeto de prórroga automática porque esta solo operaba para las prórrogas que desde antes venía en curso.

Sin embargo, esa visión jurisprudencial varió y dio un alcance distinto al parágrafo 3.º del Acto Legislativo 01 de 2005, al considerar la Sala en sentencias CSJ SL2798-2020, CSJ SL2543-2020 y CSJ SL2986-2020, por una parte, que el término inicialmente pactado no puede extenderse más allá del 31 de julio 2010 y, de otra, que ese plazo también incluye el de la prórroga automática que hubiese comenzado después del 29 de julio de 2005.

[...]

Para tal efecto, la Sala hizo referencia a las recomendaciones adoptadas por el Comité de Libertad Sindical a propósito de la limitación del derecho de negociación colectiva dispuesta en el citado acto legislativo, dirigidas a que la realidad de la negociación colectiva implica una certeza razonable de que se mantendrán los compromisos pactados, al menos, mientras dure el convenio.

En la citada sentencia CSJ SL2543-2020 aseveró la Corte que, «en principio la extensión de los efectos pensionales convencionales», no pueden ir más allá del 31 de julio de 2001. De esa forma, se anticipó a la posibilidad de volver a la doctrina anterior, y bajo la égida de los convenios 87, 98 y 154 de la OIT y de confrontar las recomendaciones del Comité de Libertad Sindical con el escenario constitucional, adoctrinar que el término inicialmente pactado entre las partes regirá hasta su vencimiento, sin límites distintos a los acordados entre los suscribientes del convenio colectivo.

[...]

Bajo ese contexto, tal como se determinó en la sentencia CSJ SL2543-2020, en principio, no es posible extender los efectos de las cláusulas convencionales de carácter pensional más allá del 31 de julio de 2010. Sin embargo, asevera la Sala que, cuando una disposición colectiva consagre una vigencia que cobije un periodo superior a esa data, debe respetarse, pues, es claro, de una parte, que si se previó de esa manera desde su inicio, es porque la voluntad de las partes fue la de darle a dichas disposiciones jubilatorias mayor estabilidad en el tiempo y, de otra, al quedar incorporadas en el texto convencional, constituyen derechos adquiridos y garantía a la legítima expectativa de adquirir el derecho pensional de acuerdo a las reglas del pacto o convención colectiva de trabajo que firmaron, mientras continúe vigente, así esa vigencia supere el límite del 31 de julio de 2010.

Así es, porque los compromisos consagrados en las convenciones colectivas de trabajo constituyen derechos adquiridos, bien porque ya se han causado o bien porque hacen

parte de aquellas prerrogativas concretas que, aunque no estén consolidadas, sí han determinado una expectativa válida respecto de la permanencia de sus cláusulas, basadas en el principio de la buena fe que atención al principio de la confianza legítima, significa, en el horizonte, que se alcanzarán los requisitos para su afianzamiento durante el término de su vigencia.

Ello, porque tal como tantas veces lo ha dicho esta Sala, la convención colectiva de trabajo es una verdadera fuente de derechos y obligaciones por lo menos durante el tiempo en que la misma o algunas de sus cláusulas conserven su vigencia, de modo que su ámbito de protección cubija los derechos consolidados y trasciende a las expectativas que eventualmente se alcancen durante el término pactado.

Esa y no otra, fue la intención del constituyente secundario al consagrar en los párrafos transitorios 2.º y 3.º del Acto Legislativo 01 de 2005, el respeto por los derechos adquiridos, sujetándolos al término inicialmente pactado por las partes hasta su extinción, incluso más allá del 31 de julio de 2010, el cual incluye las prórrogas automáticas, estas sí con límite hasta esa data, tal como lo dejó sentado la Corte en las sentencias CSJ SL2543-2020, CSJ SL2798-2020 y CSJ SL2986-2020.

En conclusión, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, rectifica parcialmente su criterio sentado en las sentencias precitadas y, en su lugar, precisa que, en materia pensional consagrada en convenciones colectivas de trabajo, laudos o pactos, a la luz del Acto Legislativo 01 de 2005 las pautas que regulan el asunto, son las siguientes: (Negrilla fuera del texto original).

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 lo que respecta a la vigencia de la cláusula 98 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL, en la referida sentencia, la Corte reseñó:

En consecuencia, a la entrada en vigor del Acto Legislativo 01 de 2005 la referida cláusula convencional venía rigiendo y, de acuerdo con el plazo inicialmente pactado entre las partes, tenía vigencia hasta el año 2017. Dicho de otro modo, en armonía con los postulados de la enmienda constitucional, las partes acordaron darle al artículo 98 de la convención colectiva de trabajo mayor estabilidad en el tiempo y, de esa forma, fijaron derechos adquiridos frente a los compromisos pensionales pactados, por los menos, durante su plazo de vigencia. (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

Analizada la anterior postura jurisprudencial, queda claro que el término de vigencia de la convención colectiva de trabajo 2001-2004 suscrita entre el ISS y

SINTRASEGURIDAD SOCIAL, fue definido según lo dispuesto en los artículos 2 y 98 de ese acuerdo extralegal, normas cuyo tenor literal permiten inferir que la regla pensional contemplada en esta última cláusula se extendió hasta el año 2017, lo cual permite concluir que si la demandante logró cumplir los requisitos pensionales durante dicha vigencia, resulta ser acreedora de la prestación solicitada.

Ahora bien, con el fin de establecer la procedencia de la pensión convencional, se tiene que el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo suscrita entre el ISS y SINTRASEGURIDAD SOCIAL para el periodo 2001 – 2004 (f° 43), establece la pensión de jubilación convencional, así:

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 o cincuenta (50) años si es mujer, tendrá derecho a 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 el 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. [...]

Al constatar si la actora cumple con los requisitos allí referidos, se tiene que nació el 10 de septiembre de 1957 (f°. 4), cumpliendo la edad de 50 años el mismo día y mes del año 2007; de igual forma, para el 1 de enero de 1996, ya contaba con 20 años de servicio del otrora Instituto de Seguros Sociales, pues se itera, no hay controversia en cuanto a que la accionante laboró para dicha entidad desde el 1 de enero de 1976 al 25 de junio de 2003, acreditando las exigencias requeridas para acceder a la prestación reclamada.

Conforme a ello, no cabe duda para la Sala que la actora tiene derecho a la pensión de jubilación convencional establecida en la cláusula 98 de la convención colectiva de trabajo, pues la misma, mantuvo su vigencia hasta el año 2017, como lo dispuso el literal (iii) de dicha norma convencional, aunado a ello, se debe hacer hincapié que, el derecho pensional fue causado, inclusive, con anterioridad al plazo máximo para cumplir los requisitos consagrados en el Acto Legislativo 01 de 2005, esto es el 31 de julio de 2010; por lo tanto, es claro que la reforma constitucional no tiene incidencia

alguna en el derecho reclamado, máxime, cuando la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, tiene sentado que «*la interpretación válida de dicha cláusula es la que aquí se fija, esto es, que el requisito de edad en ella contenido es de exigibilidad de la prestación pensional, no de causación*», tal y como ha sido expuesto en la sentencia SL3343-2020, entre otras.

De suerte, que la UGPP deberá reconocer y pagar a la señora Blanca Stella Ávila de Sánchez la referida pensión de jubilación convencional, a partir del 10 de septiembre de 2007, fecha de cumplimiento de los 50 años de edad, como quiera que para esta data ya se había presentado el retiro del ISS.

Contrario a lo sostenido por la juzgadora de instancias, el monto de dicha prestación se establecerá de acuerdo con el literal *ii)* de la cláusula en comento, esto es, con el 100% del promedio mensual de lo percibido en los últimos tres años, y no con los últimos dos, como equivocadamente se anunció en la sentencia que concita la atención de la sala en esta oportunidad, pues se recuerda que la prestación convencional si bien, se causó el 01 de enero de 1996 (20 años de servicio), esta solo se hizo exigible el 10 de septiembre de 2007 (cumplimiento 50 años de edad).

Enuncia la norma convencional en cita que:

(...) tendrán derecho a 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:

(...)

(ii) Para quienes se jubilen entre el primero de enero de 2007 y el treinta y uno de diciembre de 2016, 100% del promedio mensual de lo percibido en los últimos tres años de servicio.

Para efectos de lo anterior, se tendrá en cuenta la asignación básica mensual, prima de servicios y vacaciones, auxilio de alimentación y de transporte, valor trabajo nocturno, suplementario y horas extras, cuyos montos se encuentran discriminados en la certificación de valores pagados, obrantes en el informativo y dentro del expediente administrativo allegado por las partes (f° 14 a 19 y 112).

Es preciso aclarar que, hay lugar a indexar el ingreso base de liquidación, dado que la desvinculación de la entidad se dio el 25 de junio de 2003 y la pensión se reconocerá a partir del día 10 de septiembre de 2007, razón por la cual es evidente que hubo pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Efectuada la liquidación por parte de esta instancia, se obtienen los siguientes valores:

Tabla del calculo del IBL pensional Convencional Art. 98 Convención Colectiva ISS 26/06/2000 al 25/06/2003										
Desde	Hasta	Días	Asignacion basica	Trabajo suplementario	Auxilio de transporte	Auxilio de alimentacion	Prima de vacaciones	Prima de servicios	Total	Promedio año
26/06/2000	30/06/2000	5	\$ 98.996,67	\$ 10.889,00	\$ 10.898,00	\$ 6.216,17			\$ 126.999,83	
1/07/2000	31/07/2000	30	\$ 593.980,00	\$ 65.338,00	\$ 65.388,00	\$ 37.297,00			\$ 762.003,00	
1/08/2000	31/08/2000	30	\$ 720.174,00	\$ 58.739,00					\$ 778.913,00	
1/09/2000	30/09/2000	30	\$ 720.174,00	\$ 71.326,00					\$ 791.500,00	
1/10/2000	31/10/2000	30	\$ 720.174,00	\$ 79.718,00					\$ 799.892,00	
1/11/2000	30/11/2000	30	\$ 720.174,00	\$ 68.179,00					\$ 788.353,00	
1/12/2000	31/12/2000	30	\$ 720.174,00	\$ 80.766,00					\$ 800.940,00	\$ 692.657,26
1/01/2001	31/01/2001	30	\$ 356.388,00	\$ 39.160,00	\$ 21.677,00	\$ 22.378,00			\$ 439.603,00	
1/02/2001	28/02/2001	30	\$ 772.541,00	\$ 57.646,00	\$ 36.129,00	\$ 37.297,00			\$ 903.613,00	
1/03/2001	31/03/2001	30	\$ 705.576,00	\$ 80.461,00	\$ 36.129,00	\$ 37.297,00			\$ 859.463,00	
1/04/2001	30/04/2001	30	\$ 705.576,00	\$ 98.062,00	\$ 36.129,00	\$ 37.297,00			\$ 877.064,00	
1/05/2001	31/05/2001	30	\$ 230.261,00	\$ 40.731,00					\$ 270.992,00	
1/06/2001	30/06/2001	30	\$ 790.245,00	\$ 81.719,00					\$ 871.964,00	
1/07/2001	31/07/2001	30	\$ 1.065.587,00	\$ 138.441,00	\$ 36.129,00	\$ 37.297,00	\$ 1.448.912,00	\$ 193.228,00	\$ 2.919.594,00	
1/08/2001	31/08/2001	30	\$ 117.596,00	\$ 66.632,00	\$ 6.022,00	\$ 6.216,00			\$ 196.466,00	
1/09/2001	30/09/2001	30	\$ 705.576,00	\$ 59.089,00	\$ 36.129,00	\$ 37.297,00			\$ 838.091,00	
1/10/2001	31/10/2001	30	\$ 705.576,00	\$ 82.976,00	\$ 36.129,00	\$ 74.594,00			\$ 899.275,00	
1/11/2001	30/11/2001	30	\$ 705.576,00	\$ 104.348,00	\$ 36.129,00	\$ 37.297,00			\$ 883.350,00	
1/12/2001	31/12/2001	30	\$ 712.630,00	\$ 93.498,00	\$ 36.129,00	\$ 37.297,00		\$ 1.165.116,00	\$ 2.044.670,00	\$ 1.000.345,42
1/01/2002	31/01/2002	30	\$ 763.349,00	\$ 106.133,00	\$ 38.893,00	\$ 40.150,00			\$ 948.525,00	
1/02/2002	28/02/2002	30	\$ 763.349,00	\$ 99.885,00	\$ 38.893,00	\$ 40.150,00	\$ 1.455.586,00		\$ 2.397.863,00	
1/03/2002	31/03/2002	30	\$ 432.564,00	\$ 113.383,00	\$ 22.039,00	\$ 22.752,00			\$ 590.738,00	
1/04/2002	30/04/2002	30	\$ 458.009,00	\$ 195.720,00	\$ 23.336,00	\$ 24.090,00			\$ 701.155,00	
1/05/2002	31/05/2002	30	\$ 848.441,00	\$ 66.140,00	\$ 38.893,00			\$ 1.270.628,00	\$ 2.224.102,00	
1/06/2002	30/06/2002	30	\$ 763.349,00	\$ 203.241,00	\$ 38.893,00	\$ 40.150,00			\$ 1.045.633,00	
1/07/2002	31/07/2002	30	\$ 763.349,00	\$ 101.234,00	\$ 38.893,00	\$ 40.150,00			\$ 943.626,00	
1/08/2002	31/08/2002	30	\$ 763.349,00	\$ 221.173,00	\$ 38.893,00	\$ 40.150,00			\$ 1.063.565,00	
1/09/2002	30/09/2002	30	\$ 848.441,00	\$ 270.151,00					\$ 1.118.592,00	
1/10/2002	31/10/2002	30	\$ 763.349,00	\$ 48.979,00	\$ 38.893,00	\$ 40.150,00			\$ 891.371,00	
1/11/2002	30/11/2002	30	\$ 381.675,00		\$ 19.446,00	\$ 20.075,00			\$ 421.196,00	
1/12/2002	31/12/2002	30	\$ 763.349,00	\$ 237.371,00	\$ 38.893,00	\$ 40.150,00		\$ 1.088.980,00	\$ 2.168.743,00	\$ 1.209.592,42
1/01/2003	31/01/2003	30	\$ 816.707,00	\$ 283.649,00	\$ 41.612,00	\$ 42.956,00			\$ 1.184.924,00	
1/02/2003	28/02/2003	30	\$ 816.707,00	\$ 17.216,00	\$ 41.612,00	\$ 42.956,00			\$ 918.491,00	
1/03/2003	31/03/2003	30	\$ 816.707,00		\$ 41.612,00	\$ 42.956,00	\$ 1.559.017,00		\$ 2.460.292,00	
1/04/2003	30/04/2003	30	\$ 816.707,00	\$ 412.368,00	\$ 41.612,00	\$ 42.956,00			\$ 1.313.643,00	
1/05/2003	31/05/2003	30	\$ 816.707,00	\$ 226.474,00	\$ 41.612,00	\$ 42.956,00			\$ 1.127.749,00	
1/06/2003	25/06/2003	25	\$ 408.354,00	\$ 277.098,00	\$ 20.806,00	\$ 21.478,00			\$ 727.736,00	\$ 1.288.805,83

CALCULO VIDA LABORAL					
AÑO	IPC INICIAL	IPC FIN	FACTOR INDEXA	S MENSUAL	S. ACTUALIZ
2000	57,00	87,87	1,54	\$ 692.657	\$ 1.067.729,08
2001	61,99	87,87	1,42	\$ 1.000.345	\$ 1.417.981,84
2002	66,73	87,87	1,32	\$ 1.209.592	\$ 1.592.796,92
2003	71,40	87,87	1,23	\$ 1.288.806	\$ 1.586.187,05
				Promedio	\$ 1.416.173,72

Promedio mensual de los últimos (3) años (36 meses)	\$ 1.416.173,72
Tasa de reemplazo	100%
Valor de la mesada	\$ 1.416.173,72

Conforme a la anterior liquidación, se observa una diferencia de \$36.513,28 en relación con la mesada calculada por la juez de primer grado, quien estableció la primera mesada pensional para el año 2007 en la suma de \$1.452.687; por lo tanto, como quiera que este asunto se está conociendo en grado jurisdiccional consulta a favor de la UGPP se modificará el fallo del juzgado, para en su lugar, indicar que la mesada de la demandante para el 2007, corresponde a la suma de **\$1.416.173,72**.

PRESCRIPCIÓN

Al respecto, se tiene que la pensión se hizo exigible el 10 de septiembre de 2007, y el 10 de octubre de 2018 (fº. 6 y 7), la accionante solicitó ante la UGPP el

reconocimiento de la pensión convencional y la demanda se radicó el 8 de marzo de 2019 (f° 80), estos en dentro de los 3 años siguientes, por lo anterior, se encuentran prescritas las mesadas causadas con anterioridad al 10 de octubre de 2015, al tenor de lo dispuesto en el artículo 151 del CPTSS, como quiera que la reclamación se efectuó después de más de 3 años de cumplidos los requisitos para acceder a esta prestación.

COMPARTIBILIDAD DE LA PENSIÓN Y SUBROGACIÓN

Lo primero que debe señalarse por parte de la Sala, es que tales aspectos, el de la compartibilidad y la subrogación, se analizan en virtud de que los mismo operan por ministerio de la ley; además, por cuanto el favor de la UGPP, se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta, de tal suerte, que ello no significa una transgresión a los principios de congruencia o consonancia.

En punto del debate, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en providencia CSJ SL1081-2023, precisó:

Frente al anterior escenario, es clara la razón por la cual no existió pronunciamiento alguno respecto de la compatibilidad o compartibilidad de aquellas prestaciones, dado que tal eventualidad no fue puesta en conocimiento por los extremos litigiosos a las autoridades judiciales, pese a estar facultados y obligados por imperativo legal, si procuraban obtener la consecuencia jurídica que aquí se confuta. (Subrayado fuera del texto original).

No obstante, para dilucidar lo referente a la incompatibilidad que surge entre la pensión convencional y la pensión de jubilación otorgada por Colpensiones, por cuanto estima la UGPP que ampara el mismo riesgo, por lo que se debe decretar la compartibilidad pensional, para lo cual se ha de memorar lo sostenido por esta Corporación respecto de las instituciones de la subrogación y compartibilidad. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

[...]

Entonces, respecto a la compartibilidad, debe tenerse en cuenta que este fenómeno opera por ministerio de la ley, de suerte que esa circunstancia debe ser evaluada en el momento de concebirse el reconocimiento de la prestación de contar con información sobre tal eventualidad, conforme se ha adoctrinado en las sentencias CSJ SL2437-2018, SL4035-2018 y SL1508-2018, en la última de las cuales se dijo: (Subrayados y negrilla fuera del texto original).

Esta Corte tiene asentado en muchedumbre de sentencias que la compartibilidad opera por ministerio de la ley, por lo que el juez al momento de establecer la existencia de un derecho pensional a favor del trabajador y a cargo del empleador, debe entrar a examinar si es posible la compartibilidad entre la pensión a cargo del empleador con la de vejez que pueda resultar del sistema general de pensiones, sin que con este proceder se vulnere las facultades extra o ultra petita.

[...]

Atendiendo lo anterior, resulta claro que la compartibilidad surge de la afiliación y aportes correspondientes al Instituto de Seguros Sociales y que, además, se le realizaban descuentos por aportes con destino a dicho instituto a

efectos de que se logre la subrogación total o parcial de la pensión en cabeza del empleador, en la medida que, los efectos de aquella se concretan «de un lado i) en una garantía del trabajador de manera que no vea afectada su pensión primigenia, y ii) de cara al empleador, liberarse así sea de manera parcial de la obligación».(Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Luego, es el pago de aportes el que permitió al obligado, en este caso, subrogarse parcialmente de la acreencia y, sin que para el cubrimiento del mismo riesgo surjan concomitantemente dos prestaciones. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

Aclarado lo anterior, al descender al asunto bajo examen, es necesario advertir que revisados los expedientes administrativos allegados al plenario (fº 109 y 112), se observa que a la promotora del presente juicio, le fue reconocida pensión de jubilación por parte de la E.S.E. Policarpa Salavarrieta, en calidad de empleador, mediante resolución No 230 del 04 de diciembre de 2007, en cuantía de \$960.209 y a partir de la fecha en que demostrara su retiro definitivo del servicio oficial. (archivo 3, carpeta 1 «CC21234657 ISS», CD 112)

Mediante la Resolución 272 del 18 de diciembre de 2007, la E.S.E. Policarpa Salavarrieta en Liquidación, desvinculó a la señora Ávila a partir del 1 de enero de 2008, con la finalidad que pasara a ser parte de la nómina de jubilados (archivo 4, carpeta 1 «CC21234657 ISS», CD 112).

A su vez, se tiene que el extinto Instituto de Seguro Social, en calidad de empleador le otorgó a la accionante pensión de jubilación a partir del 01 de enero de 2008, mediante la Resolución No 5478 de 21 de septiembre de 2009, en un monto de \$1.403.049. (fº 193 a 196 de la carpeta 1 «CC21234657 ISS», y archivo 24 de la carpeta 2 «CC21234657 ISS, CD 112)

De igual forma, se advierte que COLPENSIONES mediante Resolución No. GNR 107799 del 24 de mayo de 2013, reconoció y ordenó el pago de una pensión de vejez en cuantía de \$1.410.556 m/cte efectiva a partir del 01 de junio de 2013; sin embargo, esta resolución quedó sin efecto en virtud de la Resolución No. GNR 263158 del 19 de julio de 2014; como consecuencia de lo anterior, se dispuso el reconocimiento y pago de una pensión de vejez de carácter compartida en cuantía de \$1.392.127 m/cte. efectiva a partir del 10 de septiembre de 2012. (fº 150 a 157 de la carpeta 1 «CC21234657 ISS», CD 112)

Por su parte, la UGPP en Resolución RDP 8802 del 05 de marzo de 2015, ajustó la mesada pensional en el mayor valor, con Cargo al Fondo de Pensiones Públicas – FOPEP, por la diferencia del valor causado entre la pensión de jubilación reconocida a

la demandante por parte de la ESE Policarpa Salavarrieta en Liquidación y la mesada pensional reconocida por Colpensiones (fº 230 a 234 de la carpeta 1 «CC21234657 ISS», CD 112)

Así mismo, se evidencia que este acto administrativo fue modificado por la Resolución RDP 11517 del 14 de marzo de 2016, a través del cual la UGPP dispuso, ajustar la mesada pensional en el mayor valor, de la pensión de la señora Blanca Ávila, en la cuantía que resulte entre la diferencia del valor de la mesada pensional otorgada por la ESE Policarpa Salavarrieta en Liquidación, reajustada a 1 de enero de 2008, en cuantía de \$1.403.049 y el valor de la mesada reconocida por Colpensiones en cuantía de \$1`333.106, efectiva a partir del 10 de septiembre de 2012. (fº 303 a 307 de la carpeta 1 «CC21234657 ISS», CD 112).

De acuerdo con lo anterior, se tiene que conforme lo dispuesto en la Resolución No 230 del 04 de diciembre de 2007, la pensión de jubilación fue asumida a cuota parte por el ISS y la ESE Policarpa Salavarrieta; es decir, concurren con el financiamiento de la pensión de jubilación como empleadores, teniendo en cuenta como tiempos laborados para la primera de ella desde el 01 de enero de 1976 al 25 de junio de 2003, y a favor de la ESE del 26 de junio de 2003 al 30 de septiembre de 2007. Por lo anterior y en virtud de lo dispuesto en el artículo 2 de la ley 33 de 1985, la concurrencia en el pago de esta prestación, se realizó en la siguiente proporción:

ENTIDAD	DIAS	%	VALOR
ISS SECCIONAL META	9.895	86.57	831.253
ESE POLICARPA SALAVARRIETA	1.535	13.43	128.956
TOTAL (SEGÚN LEY 33 DE 1985)	11.430	100.00	960.209

De otro lado, no se puede perder de vista que la pensión de jubilación reconocida a la señora Blanca Stella Ávila De Sánchez en la Resolución 5478 del 21 de septiembre de 2009, se hizo bajo el amparo de los presupuestos contenido en el artículo del Decreto Ley 1653 de 1977, por lo que únicamente fueron tomados como tiempos de servicio, los laborados al otrora ISS, es decir, los prestados entre el 01 de enero de 1976 al 25 de junio de 2003. Teniendo en cuenta que no se tomaban tiempos de servicio de la ESE y el valor de la mesada pensional resultaba ser superior a la reconocida por la ESE Policarpa Salavarrieta; en este acto administrativo se dispuso que el reconocimiento pensional estaría a cargo de esta entidad, por lo que en los términos del artículo 45 del Decreto 1748 de 1995, que establece que los empleados del sector público afiliados al ISS se asimilan a empleadores del sector privado y por ello se ciñen a las reglas dispuestas en el artículo 4º del Decreto 813 de 1994, modificado por el artículo 1º del Decreto 1160 de 1994, se continuaba cotizando a la administradora de pensiones a

efecto de compartir la prestación, una vez se cumplan los requisitos establecidos en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida para el reconocimiento de la pensión de vejez.

De lo anterior, es claro entonces que la pensión de jubilación a la que se acaba de hacer referencia es de origen legal, la que es compartida con la pensión de vejez, reconocida por Colpensiones en Resolución No. GNR 263158 del 19 de julio de 2014, quedando entonces a cargo de la UGGP el mayor valor existente entre una y otra, conforme fue indicado en la Resolución RDP 11517 del 14 de marzo de 2016, lo anterior, en acatamiento a lo dispuesto en el artículo 45 de Decreto 1748 de 1995, en concordancia con el artículo 5º del Decreto 813 de 1994.

Si bien, estos aspectos no son objetos de controversia dentro del presente juicio, también lo es que, resulta imperante para esta Sala de Decisión dejar claro que, contrario a lo sostenido por el recurrente, la accionante no se encuentra percibiendo tres prestaciones por vejez, pues en virtud de la compatibilidad pensional, se evita que para el cubrimiento de un mismo riesgo, surjan concomitantemente varias prestaciones; además, debe tenerse en cuenta lo previsto en el artículo 19 del Decreto 1653 de 1977, norma que sirvió de base para el reconocimiento de la pensión de jubilación a la actora, el cual señala:

[...] cuando hubiere lugar a la acumulación de las pensiones de jubilación y de retiro por vejez, por ningún motivo podrá recibirse en conjunto, por uno y otro concepto, más del ciento por ciento del promedio a que se refiere el presente artículo. Por consiguiente, en dicho caso el monto de la pensión de jubilación será equivalente a la diferencia entre el referido porcentaje y el valor de la pensión de vejez.

Aunado a ello, también se debe reseñar que adoptar una decisión diferente, resulta contraria a los postulados contenidos en el artículo 128 de la Constitución Política, artículo 19 de la Ley 4ª de 1992, literal a) del artículo 1º del Decreto 1713 de 1960. Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Laboral, en sentencia CSJ SL3343-2020, sostuvo:

[...] debe precisarse que de manera reiterada y pacífica esta Corporación ha establecido que, por tesoro público, se concibe el proveniente de La Nación, de las entidades territoriales y las descentralizadas y, por tanto, se pagan con tales recursos, las pensiones de jubilación a cargo de una entidad descentralizada, como los establecimientos públicos, las empresas industriales y comerciales del Estado o las sociedades de economía mixta en las que predomine el capital estatal. Así, una pensión de jubilación otorgada por un empleador oficial, es incompatible con la percepción de otra asignación que provenga del erario.

En este orden, resulta evidente también que, por el mismo tiempo de servicio prestado al ISS, le asiste a la promotora de este juicio una pensión convencional, conforme fue expuesto anteriormente; no obstante, la misma no puede ser reconocida de manera simultánea o concomitante con la de jubilación de origen legal que la actora percibe de la UGPP, por las razones anteriormente esbozadas, sumado al hecho que de manera pacífica la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, ha sostenido, entre otras, en la sentencia CSJ SL1081-2023, en donde se reitera la CSJ SL4080-2018, lo siguiente:

Desde el punto de vista jurídico, propio de ambos cargos, el Tribunal no incurrió en error alguno al sostener que las pensiones convencionales reconocidas con posterioridad a la fecha de entrada en vigencia del Acuerdo 029 de 1985, aprobado por el Decreto 2879 del mismo año, son, en principio, compartidas con las que reconoce el Instituto de Seguros Sociales, salvo que se exprese en ellas mismas que son compatibles. Tal orientación es la que se deriva expresamente de lo plasmado en el artículo 5 de la referida normativa y es la que ha mantenido de manera invariable esta Corporación a través de su jurisprudencia (Ver las sentencias CSJ SL13190-2015 y CSJ SL498-2016, entre muchas otras).

Por tal razón, y al no evidenciarse que se haya dispuesto expresamente en la Convención Colectiva de Trabajo 2001-2004, suscrita entre el ISS y el sindicato Sintraseguridadsocial, que las pensiones allí reconocidas, sería compatibles, se concluye, que la misma resultan compatible con la de jubilación, quedando en cabeza de la UGPP el mayor valor; por lo tanto, se determinará como primera medida, si el valor de la mesada de la pensión convencional, resulta ser superior a la jubilación, ello con la finalidad de establecer si esta deber ser subrogada por la prestación convencional.

Conforme fue enunciado de forma pretérita, para el 1 de enero de 2008, la pensión de jubilación ascendía a la suma de \$1`403.049, resultando ser inferior a la reconocida en este juicio. Entonces, al ser más favorable a la demandante la prestación de origen convencional, esta subroga la de jubilación de origen legal que venía cancelando la UGPP; se itera, esto en la medida que a la accionante no le puede asistir derecho a percibir estas dos asignaciones a cargo del erario, conforme lo indicado en precedencia.

Decantado lo anterior, de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 18 del Decreto 758 de 1990, esta pensión será compartida con la de vejez que reconoció Colpensiones a la actora en la Resolución No. GNR 263158 del 19 de julio de 2014, quedando a cargo de la UGPP únicamente el mayor valor. De suerte que, al haberse reconocido por parte de Colpensiones la pensión de vejez a la demandante a partir del 10 de septiembre de 2012, corresponde a la UGPP a partir de dicha data, reconocer únicamente el mayor valor existente entre la pensión de jubilación convencional a su cargo y la que otorgó el ente de seguridad social, diferencias que se liquidan en el siguiente cuadro:

Desde	Hasta	Incremento	Valor mesada Pensión Convencional	Valor mesada Pensión Vejez	Diferencia pensional
10/09/2007	31/12/2007	4,48	\$ 1.416.173,72		
1/01/2008	31/12/2008	5,69	\$ 1.496.754,00		
1/01/2009	31/12/2009	7,67	\$ 1.611.555,04		
1/01/2010	31/12/2010	2	\$ 1.643.786,14		
1/01/2011	31/12/2011	3,17	\$ 1.695.894,16		
1/01/2012	31/12/2012	3,73	\$ 1.759.151,01	\$ 1.333.106,00	\$ 426.045,01
1/01/2013	31/12/2013	2,44	\$ 1.802.074,29	\$ 1.365.633,79	\$ 436.440,50
1/01/2014	31/12/2014	1,94	\$ 1.837.034,54	\$ 1.392.127,08	\$ 444.907,46
1/01/2015	31/12/2015	3,66	\$ 1.904.270,00	\$ 1.443.078,93	\$ 461.191,07
1/01/2016	31/12/2016	6,77	\$ 2.033.189,08	\$ 1.540.775,38	\$ 492.413,70
1/01/2017	31/12/2017	5,75	\$ 2.150.097,45	\$ 1.629.369,96	\$ 520.727,49
1/01/2018	31/12/2018	4,09	\$ 2.238.036,44	\$ 1.696.011,19	\$ 542.025,25
1/01/2019	31/12/2019	3,18	\$ 2.309.206,00	\$ 1.749.944,35	\$ 559.261,65
1/01/2020	31/12/2020	3,8	\$ 2.396.955,82	\$ 1.816.442,23	\$ 580.513,59
1/01/2021	31/12/2021	1,61	\$ 2.435.546,81	\$ 1.845.686,95	\$ 589.859,86
1/01/2022	31/12/2022	5,62	\$ 2.572.424,54	\$ 1.949.414,56	\$ 623.009,98
1/01/2023	31/05/2023	13,12	\$ 2.909.926,64	\$ 2.205.177,75	\$ 704.748,89

Como quiera que la UGPP ha venido reconociendo y pagando el mayor valor existente entre la pensión de jubilación y la pensión de vejez reconocida por Colpensiones, se debe hallar la diferencia entre lo pagado por la primera de ellas y lo que se deberá pagar por la aquí reconocida, a fin de determinar el valor del retroactivo.

De igual forma, se debe indicar que conforme lo establecido en el artículo 283 del CGP, se actualiza el valor de las condenas impuestas a cargo de la UGPP, hasta la fecha en que se profiera la presente decisión y por concepto de retroactivo del mayor valor existente ente la pensión convencional y la de vejez reconocida por Colpensiones, causado durante el periodo comprendido entre el 10 de octubre de 2015, al 31 de mayo de 2023. Así la cosas y efectuadas las operaciones aritméticas correspondiente, se obtiene un monto de \$15´530.109,57, el cual incluye la mesada adicional de junio como parte del mayor valor a pagar, como quiera que la reconocida por Colpensiones se reconoce por 13 mesadas al año, lo anterior, conforme la siguiente liquidación:

Diferencia pensional por Compatibilidad con Colpensiones					
Desde	Hasta	Incremento	Valor diferencia mesada pensión Convencional y Jubilacion	No. Pagos	Diferencia anual
10/10/2015	31/12/2015	3,66	\$ 119.217,74	3	\$ 357.653,22
Mesada 14			\$ 119.217,74	1	\$ 119.217,74
1/01/2016	31/12/2016	6,77	\$ 127.288,78	13	\$ 1.654.754,14
Mesada 14			\$ 127.288,78	1	\$ 127.288,78
1/01/2017	31/12/2017	5,75	\$ 134.607,88	13	\$ 1.749.902,44
Mesada 14			\$ 134.607,88	1	\$ 134.607,88
1/01/2018	31/12/2018	4,09	\$ 140.113,35	13	\$ 1.821.473,55
Mesada 14			\$ 140.113,35	1	\$ 140.113,35
1/01/2019	31/12/2019	3,18	\$ 144.568,96	13	\$ 1.879.396,48
Mesada 14			\$ 144.568,96	1	\$ 144.568,96
1/01/2020	31/12/2020	3,8	\$ 150.062,57	13	\$ 1.950.813,41
Mesada 14			\$ 150.062,57	1	\$ 150.062,57
1/01/2021	31/12/2021	1,61	\$ 152.478,58	13	\$ 1.982.221,54
Mesada 14			\$ 152.478,58	1	\$ 152.478,58
1/01/2022	31/12/2022	5,62	\$ 161.047,87	13	\$ 2.093.622,31
Mesada 14			\$ 161.047,87	1	\$ 161.047,87
1/01/2023	31/05/2023	13,12	\$ 182.177,35	5	\$ 910.886,75
Valor Total diferencia por compatibilidad					\$ 15.530.109,57

A partir del 1 de junio de 2023, la demandada deberá pagar debidamente ajustado el mayor valor a la que tiene derecho la accionante, con sus respectivos reajustes legales y mesadas adicionales. A su vez, se autoriza a la entidad enjuiciada para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud, en proporción a las diferencias aquí halladas.

Por lo anterior, se modificará la sentencia apelada y consultada, en los términos señalados en la parte considerativa de esta providencia.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada UGPP, como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

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

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR PARCIALMENTE los numerales primero, segundo y tercero de la sentencia proferida por el Juzgado Segundo (2º) Transitorio Laboral del Circuito de Bogotá el 12 de agosto de 2021, los cuales quedarán así:

PRIMERO: DECLARAR que la señora **BLANCA STELLA ÁVILA DE SÁNCHEZ** tiene derecho a la pensión de jubilación convencional de que trata el artículo 98 de la convención colectiva de trabajo con vigencia 2001-2004, suscrita entre el ISS en calidad de empleador y el sindicato SINTRASEGURIDAD SOCIAL, a partir del 10 de septiembre de 2007, con una mesada equivalente al 100% del promedio mensual percibido en los tres últimos años de servicio, prestación que **SUBROGA** totalmente la pensión de jubilación de origen legal que viene cancelando la UGPP, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP** -, como administradora de los derechos pensionales reconocidos por el ISS en su calidad de empleador, y a reconocer y pagar la pensión de jubilación convencional a la demandante **BLANCA STELLA ÁVILA DE SÁNCHEZ**, a partir del 10 de septiembre de 2007, en cuantía de \$1.416.173,72, a razón de 14 mesadas al año. La anterior prestación económica tiene el carácter de compartida con la pensión reconocida por COLPENSIONES, correspondiéndole a la UGPP, pagar la diferencia que resulte entre las dos asignaciones pensionales, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del precitado artículo 98 de la convención colectiva de trabajo.

TERCERO: CONDENAR a la UGPP pagar a la demandante **BLANCA STELLA ÁVILA DE SÁNCHEZ**, la suma de \$15.530.109,57, por concepto de las diferencias pensionales surgidas entre la pensión de jubilación convencional y la pensión de vejez

reconocida por COLPENSIONES, causada desde el 10 de octubre de 2015 al 31 de mayo de 2023. No obstante lo anterior, se autoriza a la UGPP para que del retroactivo pensional efectúe los descuentos legales para el sistema general de seguridad social en salud, en proporción a las diferencias aquí halladas.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la UGPP.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la UGPP, la suma de \$1.160.000, para cada una de ellas.


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105032201900204-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARÍA CAROLINA DEL CARMEN MORA GRAJALES
DEMANDANDO	INDUSTRIA MILITAR INDUMIL

En Bogotá D. C. a los veinte (20) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **María Carolina del Carmen Mora Grajales** de forma principal se declare que entre ella y la demandada existió un contrato de trabajo indefinido, desde el 07 de octubre de 1994 y el 06 de abril de 2018, el cual fue terminado de forma unilateral, ilegal y sin mediar justa causa; en consecuencia, se le condene al reintegro con todas sus consecuencias jurídicas al cargo de jefe de grupo VII-24 el Grupo de Capacitación y Bienestar en Oficinas Centrales, o a otro de igual o superior categoría.

En forma subsidiaria, solicitó que se condene: *i)* a la reparación de los perjuicios al igual que a la indemnización por despido ilegal y/o injusto, tasada según su antigüedad y sus expectativas de permanencia en el cargo; *ii)* al auxilio de cesantías y

la prima de servicios reliquidadas teniendo como factor salarial la prima técnica; y *iii*) a la indemnización moratoria por el no pago de la indemnización por terminación del contrato de trabajo. Y a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 6-8 carpeta 01, carpeta 1ª inst, exp digital), señaló que se vinculó a Indumil en calidad de trabajadora oficial mediante contrato de trabajo 53/1994 de carácter indefinido, a partir del 07 de octubre de 1994, y hasta el 06 de abril de 2018, de manera ininterrumpida, que no tuvo queja en el desempeño de sus funciones ni de carácter disciplinario, que debido a sus reconocimientos tuvo una carrera ascendente dentro de su empleadora, fue así como durante esos 23 años y 6 meses de servicios, ocupó diferentes cargos siendo Jefe de grupo desde el 01 de febrero de 2002, y entre el 18 de febrero de 2013 y la data de terminación de su contrato fue Jefe de grupo VII-24 Grupo de Capacitación y Bienestar en Oficinas Centrales.

Narró que, mediante la Resolución 229 del 21 de noviembre de 2009, le fue reconocida la prima técnica como complemento de su salario; que a través de comunicación 02.021.644 del 22 de febrero de 2018, su empleadora decidió *«abruptamente, en un acto injustificado, unilateral, revestido de una ostensible ilegalidad y bordeando los límites de las garantías electorales, romper el nexo contractual con invocación de un excesivo poder discrecional»*, haciendo uso de la cláusula de reserva sin mediar justa causa; que presentó reclamación administrativa, a lo que la entidad le contestó que el contrato había terminado por una causa legal, esto era, expiración del plazo pactado; que mediante las Resoluciones 152 del 12 de julio de 2018, y 200 del 9 de agosto de 2018, se le pagaron unas prestaciones sociales, sin hacer referencia a la indemnización por perjuicios u otros; que el último salario por ella devengado fue de \$5.389.854 en el que estaba incluido el básico mensual y la prima técnica.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La Industria Militar Indumil contestó la demanda (f.º 131-155 carpeta 01, carpeta 1ª inst, exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los

hechos aceptó que la demandante ostentaba calidad de trabajadora oficial, la relación laboral y que su contrato se prorrogó por periodos de seis (06) meses conforme lo establecido en el decreto 2127 de 1945, que tuvo algunos reconocimientos y felicitaciones en sus labores, que terminó el contrato de trabajo por plazo presuntivo modo legal de terminación autorizado por la ley, sin que ello implicara el reconocimiento de indemnización de perjuicios ni de ninguna índole; que agotó la reclamación administrativa; frente a los demás, señaló que no eran ciertos y aclaró que la prima técnica le fue reconocida mediante Resolución 229 del 21 de noviembre de 2011, la cual no tenía factor salarial, y estaba sujeta a que la evaluación anual fuera igual o superior a 900 puntos, por lo que de ser la calificación inferior podía causar la pérdida de la misma.

Formuló las excepciones de fondo, las de cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa por pasiva, terminación del contrato de trabajo por vencimiento del plazo pactado, prescripción, compensación, buena fe y otras excepciones.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quince Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 26 de abril de 2021 (archivo 06-07 carpeta 1ª inst, exp digital), resolvió:

PRIMERO. DECLARAR PROBADAS las excepciones de cobro de lo no debido y terminación del contrato de trabajo por vencimiento del plazo pactado, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO. ABSOLVER a la demandada INDUSTRIA MILITAR - INDUMIL de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por la demandante MARÍA CAROLINA DEL CARMEN MORA GRAJALES.

TERCERO. CONDENAR en costas a la demandante y a favor de la demandada, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a medio (1/2) SMLMV.

CUARTO. En caso de no ser apelada la presente decisión, y al ser totalmente desfavorable a la demandante, remítase al superior en el grado jurisdiccional de consulta.

El a quo fijó como problema jurídico, el determinar si la terminación del contrato de trabajo se había dado con o sin justa causa, y si la prima técnica reconocida a la

actora era factor salarial o no con el fin de reliquidar sus prestaciones sociales, si procedía el reintegro o el pago de la indemnización por finalización injusta del vínculo laboral, y si había lugar al pago de la indemnización moratoria.

Indicó que, estaba probado que entre las partes se había suscrito un contrato de trabajo en el que se indicaba que su duración era a término indefinido o sin fijación de término alguno, el que se entendía prorrogado en las mismas condiciones por periodos iguales de 6 meses; que el empleador mediante comunicación del 22 de febrero de 2018, le había informado a la actora que se daría por terminado su contrato de trabajo el cual vencía el 6 de abril de 2018, a la finalización de la jornada laboral.

Consideró que, el contrato de trabajo finalizó por el vencimiento del plazo presuntivo conforme el Decreto 2127 de 1945, norma que no se encontraba derogada como lo afirmaba la parte demandante, la cual era la aplicable a este asunto, pues la señora Mora Grajales ostentaba la calidad de trabajadora oficial; que en dicha norma en el artículo 40 señalaba «*el contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, se entenderá pactado por seis meses*», y en su artículo 43, indicaba que este se prorrogaría por períodos iguales, es decir, de seis en seis meses.

Explicó que, si bien en este asunto el contrato celebrado se había prorrogado por más de 40 oportunidades, dichas prórrogas no cambiaban la naturaleza jurídica del contrato celebrado porque este devenía de la Ley, por ello no podía pretenderse desconocer el plazo presuntivo, máxime que en el contrato celebrado por las partes se dejó plasmado que el mismo se regía por el Decreto 2127 de 1945, por lo que concluyó que en este asunto la relación laboral había finalizado por vencimiento del plazo presuntivo, y en esa medida, no había lugar a condenar a la demandada al reintegro de la trabajadora ni a la indemnización por terminación injusta del contrato y por ello absolvería de las pretensiones de la demanda.

Expuso que, aunque la actora había manifestado en su interrogatorio de parte que se encontraba a un año y medio para acceder a la pensión de vejez, ello no era cierto porque para la data de la terminación del contrato de trabajo tenía 49 años de

edad, y presuntamente 1150 semanas cotizadas, evidenciándose que le faltaban más de 8 años de edad y aproximadamente año y medio de cotizaciones para acceder al derecho pensional en el RPM, y que conforme la jurisprudencia para tener la calidad de prepensionada debía estar a menos de tres años para causar el derecho.

De otro lado, respecto de si la prima técnica tenía o no carácter salarial, señaló que estaba probado que a la actora le había sido reconocida mediante Resolución 229 de noviembre de 2011, con efectos fiscales a partir del 1° de esa calenda, y que esta equivalía al 40% de la asignación básica mensual, sin que constituyera factor salarial.

Mencionó que, las normas en que se fundaba el reconocimiento de la prima técnica, esto era, el Decreto 2164 de 1991, reglamentado parcialmente por el Decreto 1661, de igual año, el cual señaló que dicho concepto se podía asignar entre otras cosas por evaluación de desempeño a quienes obtuvieran un porcentaje mínimo del 90% del total de los puntos en la calificación de servicios, y en el artículo 4 de ese último decreto, claramente se establecía que la prima técnica no constituía factor salarial para ningún efecto.

Conforme lo anterior, concluyó que la prima técnica bajo estudio no constituía factor salarial, porque era reconocida por evaluación de desempeño conforme quedó plasmado en la Resolución 229 de noviembre de 2011, y que al expediente se había allegado las evaluaciones de desempeño de la actora en las que observaba que sus calificaciones eran superiores al 90%, por ende, no había lugar a reliquidar sus prestaciones con fundamento en este concepto.

RECURSO DE APELACIÓN

No se presentó recurso alguno.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a revisar la decisión en grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, acorde con el artículo 69 del CPTSS, debiendo determinarse, como problema jurídico, la naturaleza jurídica del vínculo que unió a las partes, y si la prima técnica constituía o no factor salarial.

En el presente asunto no existe discusión frente a los siguientes supuestos fácticos: **i)** que la demandante se vinculó a través un contrato de trabajo a término indefinido el cual se prorrogó en varias oportunidades, de conformidad con lo establecido en el artículo 40 del Decreto 2127 de 1945; **ii)** que los contratos suscritos se ejecutaron entre el 07 de octubre de 1994, y hasta el 06 de abril de 2018, siendo este último prorrogado por un término de 06 meses contados a partir del 07 de octubre de 2017; **iii)** que dentro del término legal le fue comunicada, el 22 de febrero de 2018, a la demandante que su contrato de trabajo vencía el 06 de abril de 2018, al terminar la jornada laboral; y **iv)** que mediante la Resolución 229 de 2011, se ordenó otorgarle una prima técnica en cuantía del 40% de la asignación básica en donde se estableció que esta no constituía factor salarial, con efectos fiscales a partir del 1° de noviembre de 2011.

DE LA NATURALEZA JURÍDICA DEL VÍNCULO CONTRACTUAL

El contrato a término indefinido para trabajadores oficiales se desarrolla en el artículo 40 del Decreto 2127 de 1945, norma que dispone que *«el contrato celebrado por tiempo indefinido o sin fijación de término alguno, se entenderá pactado por seis meses, a menos que se trate de contrato de aprendizaje o a prueba, cuya duración se rige por normas especiales»*, mismo texto que se plasmó en el artículo 2.2.30.6.4 del Decreto 1083 de 2015, por medio del cual se expidió el Decreto Único Reglamentario del Sector de Función Pública.

Pues bien, ha de recordarse que el empleador goza de libertad para escoger la modalidad contractual que más convenga a sus necesidades comerciales, de producción o de prestación de servicios, siempre que se acoja a una de las variadas posibilidades que con tal fin le otorga la ley. La vinculación de los trabajadores a través

de contrato a término indefinido goza de plena validez y eficacia en nuestro ordenamiento jurídico, a la vez que las formas a través de las cuales se estructura, desarrolla y termina conforme lo establecen con claridad, entre otros, los artículos 40, 43 y 47 del Decreto 2127 de 1945 en concordancia con el Decreto 1083 de 2015.

Bajo esta modalidad, tal y como lo establece el artículo 43 del decreto en mención, se contrata al trabajador por un tiempo indefinido, el cual se entiende que es por un plazo presuntivo de seis meses, pudiéndose prorrogar de forma indefinida, es decir, de seis en seis meses, conforme los límites normativos determinados, de modo que, si el empleador considera que ya no requiere los servicios de su trabajador contratado en condiciones de temporalidad, debe así informárselo mediante preaviso con treinta días de antelación al plazo pactado o presuntivo.

Es así como la naturaleza del contrato a término indefinido o sin fijación de término alguno en el sector oficial, no cambia por el hecho de que se prorrogue varias veces, por lo que su culminación por el vencimiento del plazo fijo pactado o presuntivo no se equipara al despido sin justa causa, en cuanto esa causal constituye un modo legal de terminación con arreglo a lo previsto en el artículo 47 del Decreto 2127 de 1945, en concordancia con el artículo 2.2.30.6.11 del Decreto 1083 de 2015.

En este orden, el contrato de trabajo a término indefinido o sin fijación de término alguno para las entidades públicas, está sometido siempre a un plazo presuntivo determinado por la ley y una vez llega ese término, el empleador es quien decide si continúa o no con los servicios del trabajador contratado, acorde con las necesidades del servicio, sin que su terminación se considere una vulneración al principio de estabilidad o contravenga los postulados del artículo 53 de la Constitución Política de Colombia en la medida en que las relaciones de trabajo pueden ser definidas en el tiempo.

Cabe precisar por parte de esta Colegiatura que, el solo hecho de que subsistan las causas que le dieron origen o el cumplimiento de las labores del trabajador, sin llamados de atención o queja de su superior, no conlleva a la renovación automática del

contrato, pues si bien se encuentra cumplido el despliegue de su actividad personal, lo cierto es que en esta modalidad se parte del hecho de un plazo presuntivo, que puede ser prorrogado, pero también puede darse por terminado dentro del propio margen de libertad contractual, con la observación de cumplir con el preaviso exigido por la ley, en el caso del empleador.

Ahora bien, de cara a la estabilidad laboral reforzada a la que hizo referencia el juez de instancia, por estar próxima a pensionarse, advierte la Sala, que frente a la condición de pre- pensionado que otorga un fuero de estabilidad laboral reforzada, la Corte Constitucional en sentencia SU- 003 de 2018, señaló:

*[...] en la jurisprudencia constitucional se ha entendido que las personas beneficiarias de la protección especial, es decir los prepensionados, serán aquellos servidores que cumplan con los requisitos para acceder a la pensión de jubilación o de vejez dentro de los tres años siguientes o, en otras palabras, aquellos **a los que les falte tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez**”.*

61. *Así las cosas, en principio, acreditan la condición de “prepensionables” las personas vinculadas laboralmente al sector público o privado, que están próximas (dentro de los 3 años siguientes) a acreditar los dos requisitos necesarios para obtener la pensión de vejez (la edad y el número de semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad) y consolidar así su derecho a la pensión.*

62. *La “prepensión” protege la expectativa del trabajador de obtener su pensión de vejez, ante su posible frustración como consecuencia de una pérdida intempestiva del empleo. Por tanto, **ampara la estabilidad en el cargo y la continuidad en la cotización efectiva** al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones, **para consolidar los requisitos que le faltaren para acceder a su pensión de vejez.***

(...)

A<

Para la Sala Plena, con fines de unificación jurisprudencial, cuando el único requisito faltante para acceder a la pensión de vejez es el de edad, dado que se acredita el cumplimiento del número mínimo de semanas de cotización, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de prepensionable, dado que el requisito faltante de edad puede ser cumplido de manera posterior, con o sin vinculación laboral vigente. En estos casos, no se frustra el acceso a la pensión de vejez.

Conforme a lo anterior, la condición de pre- pensionado se da solo cuando al trabajador le falten tres años o menos para cumplir los requisitos que les permitirían

acceder a la pensión de jubilación o vejez, pero solo respecto de las semanas -o tiempo de servicio- requerido en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida o el capital necesario en el Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que le permita acceder a la pensión de jubilación o vejez, ya que, cuando el único requisito faltante es el de edad, no hay lugar a considerar que la persona es beneficiaria del fuero de estabilidad laboral reforzada de pre- pensionable.

En el asunto bajo examen, se evidencia que la actora no cumplía con esos requisitos al 06 de abril de 2018, puesto que nació el 15 de abril de 1969, lo que significa que a la data de terminación del vínculo contractual tenía 48 años de edad, lo que indica que no estaba tres años o menos para cumplir los requisitos que le permitirían acceder a la pensión de jubilación o vejez, ya que la edad mínima de pensión de la mujer es 57 años, además que no acreditó a que régimen se encuentra afiliada ni las semanas cotizadas.

En consecuencia, se confirmará la decisión de primera instancia en lo que respecta a la naturaleza jurídica de la vinculación de la actora y la absolución de su pretensión de reintegro o indemnización por terminación del contrato de trabajo sin justa causa, como quiera que este finalizó con una causa legal como lo es el vencimiento del plazo presuntivo conforme el artículo 47 del Decreto 2127 de 1945.

Tampoco hay lugar a la indemnización de perjuicios por el despido, en tanto que, como se dijo, no dan los presupuestos para indicar que la decisión de la convocada a juicio en dar por terminado el contrato de trabajo, haya sido injusta.

DE LA PRIMA TÉCNICA

Mediante Resolución 229 del 21 de noviembre de 2011, se otorgó la prima técnica de que trataban los Decretos 1661 y 2164 de 1991, 1335 de 1999 y el Acuerdo 528 de 2011, a la demandante por ser trabajadora oficial de Indumil, en cuantía equivalente al 40% de la asignación básica mensual sin que esta constituyera factor salarial, con efectos fiscales a partir del 1 de igual calenda.

Así las cosas, al verificar el fundamento normativo de la prima técnica encontramos el Decreto 1661 de 1991, por el cual se modifica el régimen de Prima Técnica, y se estableció un sistema para otorgar estímulos especiales a los mejores empleados oficiales y se dictan otras disposiciones, allí en su artículo 1° se definió este concepto como un reconocimiento al desempeño en el cargo y económico para atraer o mantener en el servicio del Estado a funcionarios o empleados altamente calificados, con conocimientos técnicos o científicos especializados o la realización de labores de dirección o de especial responsabilidad, de acuerdo con las necesidades específicas de cada organismo.

En el artículo 2°, se fijaron los criterios para acceder a ella, y entre otras cosas se indicó en el literal **b)** que, sería por evaluación de desempeño. En el canon 4 se determinó que esta no podría ser superior al 50% de la asignación básica del empleado; y en el artículo 7 se explicó: *«la Prima Técnica constituirá factor de salario cuando se otorgue con base en los criterios de que trata el literal a) del artículo 2 del presente Decreto, y no constituirá factor salarial cuando se asigne con base en la evaluación del desempeño a que se refiere el literal b) del mismo artículo».*

El Decreto 2164 de 1991, se reglamentó parcialmente el Decreto 1661 de 1991, y en su artículo 5 indicó que, la prima técnica por evaluación del desempeño se obtendría por determinados cargos, quienes además debían obtener un porcentaje del 90% como mínimo, del total de la última evaluación del desempeño, correspondiente a un período no inferior a tres (3) meses en el ejercicio del cargo en propiedad, que una vez otorgada el trabajador debía ser evaluado anualmente, y que la perdería si su calificación definitiva era inferior al 90%.

Mediante el Acuerdo 528 de octubre de 2011, la Junta Directiva de la demandada facultó al Gerente General para asignar la prima técnica por evaluación del desempeño a sus trabajadores oficiales. También se observa, que la actora en la última evaluación de desempeño había obtenido 927/1000, lo que hacía posible otorgarle la prima técnica.

Conforme lo anterior, evidencia esta Corporación que por disposición legal la prima técnica que se otorga bajo el criterio de evaluación del desempeño NO constituye factor salarial, y por consiguiente no podría ser tenida como tal para la liquidación de las prestaciones sociales, además que a la actora desde que se le reconoció este concepto se le advirtió que era por evaluación de desempeño y que no constituía factor salarial.

Así las cosas y sin más consideraciones, se confirmará la sentencia de primer grado.

Sin costas.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

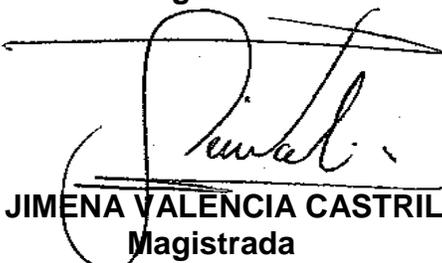
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, proferida por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105036201900416-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	LUIS EDUARDO TORRES
DEMANDADO	INVERSIONES NEVECI S.A.S.

En Bogotá D. C. a los Veinte (20) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **Luis Eduardo Torres** se **declare** la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido con la sociedad INVERSIONES NEVECI S.A.S., desde el 15 de septiembre de 1992 hasta el 13 de septiembre de 2018; **declarar** que el 13 de septiembre de 2018, la demandada dio por terminado el contrato de manera unilateral sin mediar justa causa comprobada; **declarar** que el ingreso base de liquidación para el pago de la indemnización es el recibido en los últimos doce meses, el cual corresponde a \$1.873.755, o el probado dentro del proceso; **declarar** que la norma aplicable para el cálculo de la indemnización corresponde al artículo 6 de la ley 50 de 1990, o la vigente para el momento del despido; **declarar** que el tiempo laborado fue de 25 años, 11 meses y 27; **declarar** que los socios y/o accionistas de la sociedad demandada son solidariamente responsables de todas las obligaciones que emanen del contrato de trabajo. En consecuencia, se **condene** al pago de la indemnización por la terminación unilateral del contrato de trabajo sin justa causa comprobando el valor equivalente a 45 días de salario por el primer año y 40 días de salario por los años siguientes conforme el artículo 6 de la ley 50 de 1990, o subsidiariamente lo dispuesto en el artículo 64 del C.S.T.; que se **condene** a la

demandada a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 5 y 6 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que ingresó a laborar para la empresa Inversiones Neveci S.A.S. el día 15 de septiembre de 1992; que la relación laboral finalizó el 13 de septiembre de 2018; que laboró para la empresa 25 años, 11 meses y 27 días; que el contrato de trabajo de trabajo fue verbal; que para la fecha de terminación del contrato, se encontraba desempeñando el cargo de administrador de punto de venta Homecenter calle 80; que en comunicación de fecha 10 de septiembre de 2018, se le comunicó la citación a descargos para el 11 de septiembre de 2018, a las 10:00 a.m.; que en esta comunicación no se evidencia la formulación de cargos imputados de manera clara y precisa, ni la calificación provisional de los eventuales conductas acusadas de falta disciplinaria, tampoco se le corre traslado de las pruebas, no se le indicó término para formular los descargos o controvertir pruebas, no se le indicaron los artículos del contrato de trabajo, reglamento interno de trabajo, o Código Sustantivo de Trabajo que fueron transgredidos, para ser controvertidos; que allí tampoco se le indicó a que clase de intercambio de productos sin venta se refiere la comunicación, o a qué clase de irregularidades en la administración de personal se presentó; que no se indican los perjuicios supuesta y presuntamente se le causo a la sociedad.

Sostuvo que, el 11 de septiembre de 2018, se llevó a cabo diligencia de descargos, solo con la presencia del abogado de la empresa; que en esta diligencia, no se evidencia la formulación del cargos imputados, la calificación provisional de las conductas que acusadas de faltas disciplinarias, no se le corre traslado de las pruebas, no se concede término para rendir descargos, no se le indican los artículos transgredidos, no se le señala las irregularidades con la administración del personal, no se le indicó cuales fueron los perjuicios causados; que el 13 de septiembre de 2018, no se le hizo entrega de la calificación de los descargos y se le termina su contrato de trabajo; que al momento de la terminación no se puso en conocimiento los inventarios realizados los días 5 y 9 de septiembre de 2018; que la calificación de los descargos y posterior terminación del contrato, no se encuentra debidamente motivada y presenta incongruencias respecto a las preguntas que se le realizaron en la diligencia de descargos; que no se le había informado formalmente de la investigación y no se le permitió controvertir las pruebas; que la sanción aplicada en caso de haber incumplido el contrato de trabajo, no fue ejercida en forma razonable y proporcional; que el empleador vulneró el debido proceso.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

La sociedad **INVERSIONES NEVECI S.A.S.** contestó (f° 50 a 63, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que entre las partes se suscribió un contrato de trabajo a término indefinido, vigente entre el 15 de septiembre de 1992, y el 13 de septiembre de 2018, fecha en la que el trabajador fue despedido con justa causa; que para la fecha de terminación del contrato el demandante desempeñaba el cargo de administrador de punto de venta Homecenter Calle 80; que a través de comunicación de fecha 10 de septiembre de 2018, citó al accionante a diligencia de descargos; que en dicha comunicación no se citaron los artículos transgredidos; que el 13 de septiembre de 2018, se le hizo entrega al trabajador de la calificación y se da por terminado el contrato de trabajo. Frente a los restantes supuestos fácticos, dijo no ser ciertos. Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación; cobro de lo no debido, excepción del artículo 282 del CGP, prescripción, temeridad, mala fe y buena fe.

En atención a lo dispuesto en los Acuerdos PCSJA20-11686 del 10 de diciembre de 2020 y CSJBTA20-109 del 31 de diciembre de 2020, el expediente de la referencia, fue trasladado del Juzgado Treinta y seis Laboral del Circuito de Bogotá al Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito del mismo distrito judicial.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 08 de junio de 2021 (archivos 16 a 18, carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre el demandante LUIS EDUARDO TORRES CARO y la sociedad NECEVI S.A.S. existió un contrato de trabajo entre el 15 de septiembre de 1992 y el 13 de septiembre de 2018, el que terminó por decisión unilateral y justificada de la empleadora.

SEGUNDO: DECLARAR probadas las excepciones de mérito de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada Inversiones Necevi SAS de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por parte de Luis Eduardo Torres Caro.

CUARTO: En caso de que la presente decisión no sea apelada CONSÚLTESE con el Tribunal Superior- Sala Laboral del Distrito Judicial de Bogotá.

QUINTO: CONDENAR en costas al demandante en favor de la sociedad demandada. Se fijan como agencias en derecho suma equivalente a 1 SMLMV.

Para fundamentar su decisión, sostuvo que, no se encontraba en discusión que entre las partes existió un contrato de trabajo entre el 15 de septiembre de 1992, hasta el 30 de junio de 1997, bajo la modalidad a término fijo y a partir del 1 de julio de 1997, su modalidad paso a ser a término indefinido, vínculo que se mantuvo hasta el 13 de septiembre de 2018. Indicó que, tampoco existía controversia respecto a que el

trabajador el día 10 de septiembre de 2018, fue citado a diligencia de descargos, la cual se celebró el 11 del mismo mes y año; que el 13 de septiembre de la misma anualidad, la empresa decidió terminar el contrato de trabajo, invocando justa causa y que el último salario devengado por el actor fue de \$1 '873.755.

Respecto al despido, señaló que conforme lo sostenido por la Corte Suprema de Justicia, este no puede ser asimilado a una sanción del orden disciplinario, por lo tanto, el mismo no está sujeto a un trámite previo, o similar al que se utiliza para dar aplicación a las sanciones disciplinarias, a menos que haya sido pactado un trámite especial en el contrato de trabajo o estuviera establecido en el reglamento interno de trabajo o convención, pacto colectivo o laudo arbitral como fuentes formales del derecho laboral, conforme fue advertido en las sentencias CSJ SL3655- 2016 y CSJ SL1680-2019; por tal razón, no resultaba aplicable lo dispuesto en el artículo 115 del C.S.T.

No encontró que existiera dentro del Reglamento Interno de Trabajo disposiciones que contemplara el despido como una sanción disciplinaria, por lo que en este caso, la terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa, no obligaba al empleador a observar un trámite previo o un proceso disciplinario, pues únicamente le bastaba que concurriera una causal de terminación del contrato de trabajo para que el empleador se encontrara habilitado para poner fin a la relación laboral.

Dijo que, a pesar de lo anterior, se observaba que al demandante se le había garantizado el debido proceso, dado que se le había realizado una citación a la diligencia de descargos, en donde se le hizo referencia a los hechos que consideraba la sociedad empleadora eran las que constituían las falencias que lo llevaron a la terminación del contrato de trabajo, así como se le dio la oportunidad de estar acompañado de un profesional del derecho o testigos, sin que el actor haya hecho uso de esta posibilidad. De igual forma, el fundamento fáctico usado para terminar el vínculo, fue el expresado en la citación y en la diligencia de descargos.

Por otro lado, arguyó que del acta de la diligencia de descargos realizada el 11 de septiembre de 2018, se advertía que el actor había asumido una actitud evasiva y renuente a contestar las preguntas relacionadas con los hechos acaecidos el 5 de septiembre de 2018, las que tenían relación con el intercambio y salida de productos del punto de venta sin facturación, actuaciones que fueron consideradas inapropiadas para un administrador de un punto de venta, aún más, cuando en esta diligencia le fueron puestas de presente las grabaciones que daban cuenta del retiro de los platos preparados del punto de venta, y de ello daba fe, la declaración de la testigo Ana

Teresa Martínez Salcedo, directora de gestión humana de la demandada y el mismo demandante al momento de absolver el interrogatorio de parte. Lo anterior, la llevó a concluir que el señor Torres tuvo el tiempo suficiente para revisar las grabaciones al detalle al momento de rendir sus descargos, y también contó con la oportunidad para controvertir las pruebas.

Manifestó que, si bien el demandante al momento de rendir descargo, indicó no conocer totalmente el Reglamento Interno de Trabajo, este argumento no es de recibo, como quiera que, llevaba más de 27 años de servicio de la empresa y el cargo desempeñado por él, era el de administrador, lo que le imponía el deber de velar por el cumplimiento no solamente de sus labores, sino las de los trabajadores del punto de venta; por lo tanto, era su obligación que los productos de la empresa fueran objeto de intercambios y que esto se realizara sin que existiera facturación o autorización alguna.

De otro lado, sostuvo que las declaraciones de los trabajadores Laura Bustos – mesera, Gustavo Adolfo Barrios – Parrillero y Janeth Sofia Cantillo Castillo, auxiliar de cocina, consignadas en las actas descargos de cada una de ellos, coinciden en afirmar que el demandante intercambiaba producto con los administradores de otros locales y que para los días 5 y 9 de septiembre de 2018, fue el acotr quien ordenó la preparación y posterior entrega de bandejas paisas, sin que se realizara la respectiva facturación o comanda. Adicionalmente, ellos manifestaron que, esta era una práctica muy usual del demandante como administrador.

De igual manera, encontró demostrado que a los administradores de los puntos de venta – cargo ejercido por el actor-, le fue entregada la política de manejo de inventarios el 6 de enero de 2015, en donde se establece en los numerales 1 y 8, que se debe ingresar correctamente las facturas de compra, indicando el valor por medida de acuerdo al formato correspondiente y la unidad de ingreso. Junto con dicho documento también fue entregada cartilla de protocolo para el manejo del sistema, acompañado de una capacitación y retroalimentación. Aunado lo anterior, con el comunicado interno del 28 de diciembre de 2016, fueron definidas las funciones para este cargo, contemplándose en los numerales 3 y 7; que los pedidos deben ser recibidos por el responsable del área, que debe estar firmada la factura por el administrador del punto de venta o quien este realizando el turno de caja y que se encuentra prohibido el cambio de productos con los demás locales de la plazoleta y solicitar productos sin comanda. De acuerdo con ello, el demandante en su rol de administrador sabía perfectamente las prohibiciones de la empresa, por lo tanto, no le estaba permitido el intercambio de productos con otros locales.

Por lo anterior, se encontraban demostradas las causas que dieron lugar a la terminación del contrato de trabajo, conforme las normas dispuestas en los artículos referidos en la carta de terminación, máxime cuando en el presente juicio no se cuestionaron los hechos que daban lugar a la configuración de la justa causa, pues únicamente habían sido cuestionados los vicios del procedimiento, previos al despido.

RECURSO DE APELACIÓN

El señor **LUIS EDUARDO TORRES** impetró recurso de apelación a través de su apoderado, con la finalidad que se revoque la sentencia apelada y se acojan las pretensiones de la demanda, teniendo en cuenta como fundamento que, de acuerdo con las pruebas allegadas al proceso, se observó que el proceso disciplinario adelantado al demandante no gozó del debido proceso, debido a que la citación a descargos no cuenta con un relato breve de los hechos con fecha y hora, con la finalidad que se pudiera hacer uso del derecho a la defensa, adicional a ello, no se le dio la opción de aportar pruebas.

Argumentó que, en el plenario no fue demostrado que se le haya corrido traslado de las pruebas con las que se justifica el despido; adicional a ello, el señor Gustavo Barrios Rodríguez, rindió descargos un día después de haberlos realizado el demandante, lo que demuestra que no pudo conocer esta prueba y tampoco con el acta de descargo se demuestra que se le haya corrido traslado de las mismas, lo que deja sin argumentos o justificación el despido realizado, conforme lo dispuesto en la sentencia C-593 de 2014, pues únicamente le pusieron de presente los videos, mas no hay prueba que certifique o de certeza que se le hayan dado a conocer los descargos del señor Barrios Rodríguez, Laura Bustos y Yaneth Sofia Cantillo.

De otro lado, resaltó que de los descargos rendidos por el actor no se evidencia manifestación alguna que evidencia que el actor haya podido controvertir las decisiones establecidas para terminación del proceso disciplinario; que los videos no cuentan con audio que permitan verificar las conversaciones sostenidas y tampoco demuestran que el actor haya sustraído los productos que constituyen la falta, pues de ellos, solo se evidencia el ejercicio de las funciones propias del cargo, lo que no acredita que el señor Luis haya sido la persona que hay entregado los productos a tercero. Por lo que, no existe certeza de las conductas, que se le endilgan y muchos menos que se le haya causado un perjuicio económico a la empresa demandada.

Finalmente, sostiene que, en virtud del principio de favorabilidad, al existir dudas en el proceso de despido, estas deben ser resueltas a favor del trabajador.

CONSIDERACIONES

La Sala, en atención al principio de consonancia establecido en el artículo 66-A del CPTSS, resolverá el recurso en estricto sentido a lo que fue materia de alzada, acorde con las inconformidades planteadas por el apelante.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a lo expuesto en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si resulta procedente declarar injusto el despido realizado el 13 de septiembre de 2018, por la presunta violación del debido proceso.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **i)** que el señor Luis Eduardo Torres suscribió contrato de trabajo con la sociedad Inversiones Neveci S.A.S., el cual estuvo vigente entre el 15 de septiembre de 1992, hasta el 13 de septiembre de 2018; **ii)** que la modalidad contractual pactada entre las partes para el periodo comprendido entre el 15 de septiembre de 1992, hasta el 30 de junio de 1997, fue de la contrato de trabajo a término fijo (f° 64 y 65, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital); **iii)** que por acuerdo entre las partes, el contrato de trabajo cambio su modalidad a término indefinido, a partir del 1 de julio de 1997 (f° 66 a 67, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital); **iv)** que el día 10 de septiembre de 2018, el señor Luis Eduardo Torres fue citado a diligencia de descargos, la que se llevó a cabo el 11 del mismo mes y año (f° 90 a 95, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital); **v)** que el 13 de septiembre de 2018, la empresa Inversiones Neveci S.A.S. decidió terminar el contrato de trabajo del demandante, invocando justa causa (f° 107 a 114, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital); y **vi)** que el último salario devengado por el actor fue de \$1´873.755 (f° 105, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital).

DE LA TERMINACION DEL CONTRATO DE TRABAJO

Decantado lo anterior, se debe señalar que desde el libelo inaugural ha venido sosteniendo la parte actora que su despido se torna injusto debido a que existió violación del debido proceso.

Con la finalidad de desarrollar el asunto puesto a consideración de esta Sala de Decisión, sea lo primero reseñar que el despido no tiene un carácter sancionatorio o disciplinario, tal y como se ha venido reseñando en las innumerables sentencias de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en las CSJ SL 3691-2016, CSJ SL 2351-2020 y SL496-2021; sin embargo, ello no es óbice para que la decisión de despido desconozca los procedimientos descritos en el Reglamento

Interno de Trabajo, o los concertado entre empleador y trabajador en pactos, convenciones colectivas o en contratos de trabajos.

En el caso bajo examen, se observa que si bien al plenario fue allegado el Reglamento Interno de Trabajo (f° 68 a 88, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), de este no se avizora que allí se haya contemplado algún procedimiento especial para la comprobación de hechos o circunstancias que dan lugar al fenecimiento del contrato de trabajo con justa causa. De igual forma, se debe advertir que, de la lectura del contrato de trabajo, tampoco se vislumbra que entre las partes se haya acordado un proceder específico previo a adoptar la decisión de despido. Así mismo, se hace hincapié que las partes tampoco allegaron convención o pacto colectivo que demuestre algo diferente.

Sobre el particular, la máxima Corporación de la jurisdicción ordinaria en materia laboral, en sentencia CSJ SL496-2021, indicó:

En relación con lo anterior, la Corporación ha sido enfática en sostener que el despido no es una sanción disciplinaria y, por consiguiente, para su imposición no hay obligación de seguir el trámite que se utiliza para la aplicación de la misma, salvo que las partes lo hayan pactado expresamente como, por ejemplo, en el contrato de trabajo, convención colectiva, o pacto colectivo. (CSJ SL 2351-2020).

*Desde otro horizonte, no se desconoce por parte de la Corte y así ha precisado el precedente de la Sala de Casación Laboral, que el debido proceso constituye un derecho que en principio, presupone la existencia de un procedimiento judicial o administrativo, **y que en tratándose de la terminación del contrato con justa causa por parte del empleador, la vulneración del derecho al debido proceso se puede predicar, por regla general, en el evento de que dentro de la empresa se haya previsto expresamente un procedimiento para despedir** (CSJ SL2351-2020). (Subrayado y negrillas del despacho).*

[...]

En este orden de ideas, es claro que conforme las reglas jurisprudenciales precisadas por la Corporación, el despido no tiene una función ni un carácter sancionatorio o disciplinario, pues se trata de un recurso legítimo al alcance del empleador, sujeto al marco y a los límites legales y constitucionales, y que en todo caso no está exento del cumplimiento del derecho del debido proceso y defensa en la medida que presuponga un procedimiento judicial o administrativo previos.

Ahora bien, frente a la obligación de escuchar al trabajador previo a que el empleador finalice el contrato de trabajo, con fundamento en las justas causas contempladas en el artículo 62 del C.S.T., la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en la sentencia CSJ SL679-2021, puntualizó:

En orden con lo acabado de decir, esta Sala considera oportuno fijar el nuevo criterio de que la obligación de escuchar al trabajador previamente a ser despedido con justa causa como garantía del derecho de defensa es claramente exigible de cara a la causal 3) literal A del artículo 62 del CST, en concordancia con la sentencia de exequibilidad condicionada CC C-299-98. De igual manera, frente a las causales contenidas en los numerales 9° al 15° del art. 62 del CST, en concordancia con el inciso de dicha norma que exige al empleador dar aviso al trabajador con no menos de 15

días de anticipación. **Respecto de las demás causales del citado precepto, será exigible según las circunstancias fácticas que configuran la causal invocada por el empleador.** En todo caso, la referida obligación de escuchar al trabajador se puede cumplir de cualquier forma, salvo que en la empresa sea obligatorio seguir un procedimiento previamente establecido y cumplir con el preaviso con 15 días de anticipación frente a las causales de los numerales 9° al 15°. (Subrayas y negrillas fuera del texto original).

De acuerdo con lo anterior, la empresa demanda mediante comunicación de fecha 10 de septiembre de 2018, procedió a citar al señor Luis Eduardo Torres a diligencia de descargos para el día 11 del mismo mes y año, haciéndole saber que la misma se realizaba con ocasión a:

[...] el presunto incumplimiento de las obligaciones contractuales y legales establecidas en el contrato de trabajo, en el reglamento interno de trabajo y el Código Sustantivo de Trabajo, evidenciado en el intercambio sin venta de productos con otros puntos de venta del punto Homecenter calle 80 y en perjuicio de Inversiones Necevi S.A.S.

Además, en otra serie de irregularidades en la administración de personal que perjudican los intereses de la compañía.

(f° 90, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital).

De otro lado, se avizora que de acuerdo con lo consignado en el acta de descargos, al promotor de la contienda se le dio la oportunidad de controvertir los hechos que rodearon el llamado a rendir descargos, dio las explicaciones que consideraba pertinentes frente a los hechos cuestionados, a su vez, contó con la oportunidad de estar acompañado por un testigo, sin que hubiese hecho uso de este derecho. (f° 91 a 95, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital)

De igual forma, se tiene que la testigo Ana Teresa Martínez, quien funge como Directora de Gestión Humana de la compañía demandada, manifestó que estuvo en la diligencia de descargos y por ello dio fe que al señor Torres le fueron puesto en conocimiento 8 videos recaudados por el área de operaciones empresa, contando con la oportunidad de analizarlos y controvertirlos, sin embargo, frente a estos no observó manifestación alguna. Aunado a ello, sostuvo la deponente que previo a la diligencia de descargos, así como en el desarrollo de la misma, se le informaron al trabajador las faltas por la cuales estaba siendo llamado a rendir descargos, adicional a ello, se le dio la oportunidad para que allegara las pruebas que considerara pertinentes, sin que se hubiese uso de este derecho.

De manera que, no queda duda alguna que la enjuiciada Inversiones Neveci S.A.S., le garantizó al señor Luis Eduardo Torres, de manera previa al despido, el derecho de defensa, el debido proceso, pues permitió que él fuera oído previo el finiquito del contrato de trabajo, por lo que ninguna razón le asiste al recurrente sobre este particular.

Ahora bien, en lo que hace referencia a la aplicación de la sentencia C-593-2014, emanada de la Corte Constitucional, cabe indicar que las precisiones allí realizadas tienen incidencia frente a lo regulado en el artículo 115 del C.S.T., esto es, lo relacionado frente a la facultad disciplinaria del empleador, de manera que la misma no tiene cabida en el asunto objeto de estudio, debido a que como ha sido expuesto a lo largo de esta providencia, la aplicación de la sanción disciplinaria dista de los efectos del despido, que fue lo que aconteció para el caso del actor, por lo tanto, la decisión de dar por finiquitado el contrato de trabajo no debía estar precedida de las actuaciones señaladas en la norma en cita, o en los artículos 57 y siguientes del Reglamento Interno de Trabajo.

Sobre el punto en debate, se pronunció la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL496-2021, en donde fijó el alcance de la providencia de la Corte Constitucional, señalando al respecto:

Alcance de la sentencia CC C-593-2014

Ahora, como quiera que la censura ataca la no aplicación de la sentencia CC C-593-2014, considera la Sala que conviene precisar cuál es el alcance de dicha providencia.

Señala la Corte Constitucional al estudiar la exequibilidad del artículo 115 del CST que, al interpretar la norma acorde con los postulados que rigen el debido proceso, este se aplica no solo a las actuaciones judiciales y administrativas del Estado, sino también cuando se haga uso de la «facultad disciplinaria» la cual se define como la «prerrogativa de un sujeto para imponer sanciones o castigos para mantener el orden al interior de las organizaciones privadas».

Advierte la sentencia que esto hace indispensable que se regule en los reglamentos internos de trabajo las formas o parámetros mínimos que delimiten el uso del poder sancionatorio, de tal manera que se permita conocer a los trabajadores tanto las conductas que dan origen al castigo como su sanción y el procedimiento.

Es así como se requiere que toda sanción impuesta por el empleador debe estar previamente consagrada en el reglamento y debe ser resultado de un proceso en el que se haya oído previamente al trabajador, en el cual se le haya permitido presentar pruebas y controvertir las que existiesen en su contra, su revisión la proporcionalidad y la razonabilidad en la imposición de la sanción.

Así las cosas, se tiene que el alcance fijado por la Corte Constitucional y las precisiones allí efectuadas se circunscriben específicamente a la facultad disciplinaria del empleador. De tal manera que dicha decisión resulta aplicable cuando el empleador tramite un proceso disciplinario o imponga una sanción de tal naturaleza. La norma objeto de análisis no se encuentra prevista para el despido que de manera unilateral efectúe el empleador. (Subrayado y negrillas fuera del texto original).

De otro lado, la recurrente al momento de sustentar la alzada, cuestiona la existencia de las justas causas aducidas por la empresa para dar por terminado el contrato de trabajo, a pesar de ello, se debe hacer notar que conforme los planteamientos esbozados en el libelo genitor, en concepto de este extremo actor, la

terminación del contrato su tornaba injusto, en la medida que no observó una serie de procedimientos previos a la adopción de esta decisión, dejando de lado, la controversia frente a la existencia de los hechos que motivaron la terminación del contrato de trabajo, estos es lo acontecido los días 5 y 9 de septiembre de 2018, relacionados con el retiro de alimentos preparados del punto de venta sin que se realizara la correspondiente facturación.

Al respecto, se debe advertir por parte de la Sala, que este asunto no fue objeto de debate dentro del presente juicio, y adoptar una decisión al respecto sin que se haya surtido el derecho de defensa y contradicción, vulnera a todas luces el principio de congruencia consagrado en el artículo 281 del CGP, aplicable en materia laboral por remisión expresa del canon 145 del CPTSS, disposición que reza: «*La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley*». En esa medida, al no haberse cuestionado tales circunstancias fácticas en el escrito genitor, no puede esta Corporación ahora hacer un estudio de fondo sobre la misma, se itera, únicamente se cuestionó el procedimiento previo al despido, por cuanto con ello vulneraría el derecho debido proceso y derecho de contratación que le asiste al extremo pasivo de esta acción. Sobre el particular, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL2172-2022, sostuvo:

Ahora bien, el principio procesal de congruencia tiene fundamento en lo dispuesto en el artículo 281 del CGP, aplicable a los litigios del trabajo por autorización expresa del precepto 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, y tiene que ver con que el juez tiene la obligación de adecuarse a las pretensiones y hechos planteados en la demanda inicial, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes (CSJ SL3443-2021, CSJ SL440-2021). (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

El precedente de la Corporación (CSJ SL2604-2021, CSJ SL440-2021) además ha sido muy claro en que:

Dichas actuaciones limitan la autonomía judicial del juez, quien debe obrar dentro de ese marco trazado por las partes, dado que es lo que edifica la relación jurídica sustancial y procesal de estas en el espacio jurisdiccional. (Negrillas fuera del texto original).

Ahora, ello no es obstáculo para que el juez, eventualmente pueda interpretar la demanda. De hecho, la Corte ha señalado que «constituye su deber dado que está en la obligación de referirse “a todos los hechos y asuntos planteados en el proceso por los sujetos procesales” (art. 55, L. 270/1996), de manera que su decisión involucre las peticiones del escrito inicial en armonía con los hechos que le sirven de fundamento» (CSJ SL2808-2018).

[...]

Así, la Corte tiene adoctrinado que las anteriores directrices procesales hacen parte de la denominada congruencia externa del fallo, según la cual

«toda sentencia debe tener plena coincidencia entre lo resuelto, en un juicio o recurso, con la litis planteada por las partes, en la demanda respectiva y en la contestación, sin omitir o introducir aspectos ajenos a la controversia» (CSJ SL2808-2018). (Negrillas y subrayado fuera del texto original).

[...]

En este orden, se tiene que las disquisiciones referentes a los hechos que motivaron el despido, solo se cimientan al momento de la presentación de los alegatos de conclusión, conforme lo advirtió la sentenciadora de instancia, de tal suerte que tales elucubraciones resultan ajenas a la controversia inicial, lo cual, conforme a la jurisprudencia en cita, vulnera el principio de congruencia, razón por la que esta Sala de Decisión no podría en esta oportunidad abordar su análisis, se itera, por cuanto con ello quebrantaría el debido proceso.

Con todo, aun si en gracia de discusión ello se admitiera, se debe hacer hincapié que, de su estudio no emergen razones para suficientes para revocar la sentencia objeto de censura, en la medida que las justas causas alegada por la empresa demandada se encuentran debidamente acreditadas, en tanto que obra versión libre realizada por la señora Laura Bustos, quien para la época de los hechos, desempeñaba el cargo de auxiliar de mesa en el punto de venta Homecenter Calle 80, del cual era administrador el actor, y quien da fe que el señor Torres el 5 de septiembre de 2018, acordó con un empleado de Hamburguesas el Corral, el intercambio de una bandeja paisa por una hamburguesa, razón por la que el accionante, en calidad de administrador ordenó a la señora Yaneth que preparará ese plato, el que fue entregado aproximadamente a la una de la tarde, sin que para ello se hubiese realizada la correspondiente facturación. De igual forma señaló que, esta era una práctica recurrente por parte del actor (f° 117 a 121, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital).

De otra parte, obra acta de descargos de fecha 12 de septiembre de 2018, adelantado al señor Gustavo Adolfo Barrios Rodríguez, parrillero del punto de venta Homecenter Calle 80, de la que se advierte que este trabajador, manifestó con apoyo de los videos puestos en su conocimiento en esta diligencia, que el 5 de septiembre de 2018, sobre el medio día, le fue entregada una bandeja paisa a un empleado de Hamburguesas el Corral, por expresa autorización del señor Torres, quien era el administrador del punto de venta, sin que para ello se hubiese realizado la correspondiente facturación, hecho que se repitió el 9 de septiembre de la misma anualidad (f° 125 a 129, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital).

También se cuenta con acta de descargos rendida por la señora Yaneth Sofía Cantillo, auxiliar de cocina del punto de venta Homecenter Calle 80, quien afirmó que

por orden del señor Luis Eduardo Torres, fue preparada una bandeja paisa, sin que existiera para ello la correspondiente facturación. Allí también se indicó que vio en varias ocasiones al administrador del punto de venta intercambiar la comida que le daba la empresa con personal de otros restaurantes (f° 133 a 137, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital).

La causal alegada por el empleador para finalizar el vínculo laboral fue el incumplimiento de las obligaciones y prohibiciones a que hace referencia los artículos 58 y 60 del CST; sin embargo, su desconocimiento por sí mismo constituye una falta, pero esa violación ha de ser grave para que resulte justa causa de terminación del contrato o cualquier otra falta que se establezca en pactos o convenciones colectivas, fallos arbitrales, contratos individuales o reglamentos y que implica una violación de lo dispuesto en tales actos, que si se califican en ellos de graves, constituyen justa causa para fenecer el contrato de trabajo, como así lo tiene sentado de antaño la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en las sentencias SL12904-2017 de fecha 16 de agosto de 2017, reiterada en providencias CSJ SL1920-2018 y SL339-2023.

Ahora bien, frente a la calificación de la gravedad de las conductas desplegadas por el demandante, resulta imperante para la Sala remitirse a lo dispuesto en el párrafo del artículo 46 del Reglamento Interno de Trabajo, en donde se dispone que se consideran faltas graves, cualquier violación o incumplimiento por parte del trabajador de los deberes y obligaciones a que se refiere este artículo, dentro de las cuales se encuentra las de sustraer del establecimiento de trabajo productos elaborados o, vender, cambiar, permutar, prestar o negociar objetos o servicios de propiedad de la empresa, entre otros, sin permiso de la empresa.

Adicionalmente, se tiene que conforme el comunicado del 6 de enero de 2015, y comunicado interno del 28 de diciembre de 2016, es deber de los administradores de los puntos de venta, ingresar correctamente las facturas de compra, firmarlas y tajantemente se prohíbe el «*cambio de productos con los demás locales de la plazoleta*» (f° 145 a 63, archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital).

Conforme lo expuesto, la falta cometida por el actor se encuentra catalogada como justa causa para dar por terminada unilateralmente el contrato de trabajo, al ser considerada esta como grave por el artículo 56 del Reglamento Interno de Trabajo.

Por todo lo anterior, no se acogen los argumentos esbozados por la apoderada de la parte actora y, como consecuencia de ello, se deberá confirmar la sentencia apelada.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo del demandante, como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia proferida por el Juzgado Cuarenta Laboral del Circuito de Bogotá el 8 de junio de 2021, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



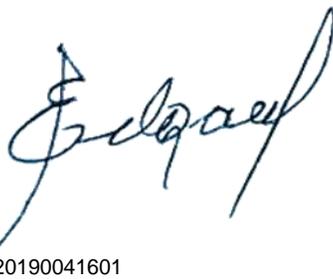
DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandante, la suma de \$580.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310501020190060401
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	CLAUDIA MARCELA RAMÍREZ ESTRADA
DEMANDADO	<ul style="list-style-type: none"> - ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los veinte (20) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

La señora **Claudia Marcela Ramírez Estrada** pretende que se **declare** la ineficacia de la afiliación y del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a Porvenir S.A., así como los traslados horizontales por ella realizados, por el incumplimiento al deber de información al momento de afiliarse a cada entidad. Como consecuencia de lo anterior, pretende que se condene a Porvenir S.A. y a Protección S.A. a tener como ineficaz su traslado y que se condene a la primera a efectuar el reembolso o devolución a Colpensiones de su saldo de la cuenta de ahorro individual, así como los rendimientos; que se condene a esta última entidad a aceptar el traslado de aportes y a registrar el ingreso de su afiliación sin solución de continuidad; que se condene a las demandadas a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f ° 1 a 35 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital) señaló, en síntesis, que nació 14 de mayo de 1969; que se afilió al

ISS hoy Colpensiones el día 01 de febrero de 1969, cotizando un total de 24 semanas; que en el año 1996, un asesor de Porvenir S.A. que le indicó que el ISS desaparecería y no le entregó la información necesaria para conocer las ventajas, desventajas de ambos regímenes, no le informó las consecuencias de realizar un traslado, ni le hizo una comparación entre los regímenes, no le explicó los requisitos necesarios para obtener las prestaciones económicas en el RAIS; que tampoco le efectuó proyecciones pensionales, por lo que, con base en esa información engañosa, diligenció el formulario de afiliación para trasladarse a Porvenir S.A. el 16 de febrero de 1996.

Destacó que, en el año 1998, un asesor de la AFP Colmena hoy Protección S.A. la contactó y le indicó que en esa AFP tendría mayores rendimientos, no le informó sobre el derecho de retracto, no le explicó el funcionamiento del RAIS ni le efectuó proyecciones pensionales; que basada en esa información sesgada, se trasladó a Protección S.A. a través del diligenciamiento de formulario del 27 de julio de 1998; que con posterioridad, fue abordada nuevamente por un asesor de Porvenir S.A. y, basada en promesa de mayores rendimientos, retornó a esta AFP.

Afirmó que, el 16 de marzo de 2018, presentó derecho de petición a Porvenir requiriendo una proyección de su mesada pensional en cada régimen y la copia de los documentos en los que constara la asesoría que se le había suministrado al momento del traslado; que esta AFP dio respuesta al requerimiento y aportó la respectiva proyección en la que se indicaba que su mesada en el RAIS ascendería a \$5.459.600 mientras que en el RPM sería del \$10.669.500 y respecto de los soportes de la asesoría, la AFP precisó que la misma se había efectuado de manera virtual.

Dijo que, los días 16 de marzo, 10 de abril y 11 de mayo de 2018, presentó derechos de petición ante Protección S.A., Porvenir S.A. y Colpensiones, respectivamente, solicitando la nulidad de su traslado y el retorno al RPM y, respecto de Protección, requiriendo las constancias de la debida asesoría. Precisó que, frente a las solicitudes de nulidad y retorno al RPM, las entidades indicaron que no podían efectuarlo por no ser procedente y, frente a las constancias de la asesoría, Protección S.A. no dio respuesta.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 124 a 136 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la accionante nació 14 de mayo de 1969; que se afilió al ISS hoy Colpensiones el día 01 de febrero de 1969, cotizando un total de 24 semanas. Indicó que era cierto que la demandante había presentado derecho de petición ante Colpensiones solicitando la

nulidad del traslado al RAIS y el retorno al RPM, la cual fue contestada desfavorablemente por no ser procedente. Respecto de los demás hechos indicó que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones y inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (f.º141 a168 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, admitió que la demandante nació el 14 de mayo de 1969; que a la fecha de la presentación de la demanda contaba con 990 semanas cotizadas, que el 16 de marzo de 2018, presentó derecho de petición a esa AFP requiriendo una proyección de su mesada pensional en cada régimen y la copia de los documentos en los que constara la asesoría que se le había suministrado al momento del traslado; que el 08 de mayo de 2018, la actora radicó ante esta entidad solicitud de nulidad de traslado al RAIS y de retorno al RPM, la cual fue contestada de manera negativa.

Como excepciones de mérito, formuló las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

El Juez, mediante auto del 24 de agosto de 2022, tuvo no contestada la demanda por parte de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, decisión que no fue objeto de recurso alguno.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 10 de octubre de 2022 (archivos 17 - 18 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: Declarar la ineficacia de la vinculación de la demandante señora CLAUDIA MARCELA RAMÍREZ ESTRADA a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., mediante la suscripción de afiliación realizada el 16/02/1996 y las subsiguientes afiliaciones realizadas con AFP COLMENA S.A. el 27/07/1998 hoy SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A., y la nueva afiliación realizada con la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. el 15/03/1999, en consecuencia, se declara ineficaz el traslado del RPM al RAIS, se ordena el regreso automático sin solución de continuidad a la afiliación del régimen de prima media administrado por COLPENSIONES desde el 01/02/1994, como si nunca se hubiere trasladado, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES recibir y restablecer afiliación de la demandante señora CLAUDIA MARCELA RAMÍREZ ESTRADA al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES, sin solución de continuidad, como si nunca se hubiese trasladado, conforme a lo expuesto en la parte motiva.

TERCERO: CONDENAR a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a hacer entrega a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la señora CLAUDIA MARCELA RAMÍREZ ESTRADA, correspondientes a cotizaciones, frutos e intereses, rendimientos, bonos pensionales si los hubiere, como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y así mismo a realizar la devolución de las sumas descontadas por los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades que le hubiere realizado durante sus vinculaciones, debidamente indexados, y debe devolver los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, que le hubiera realizado durante sus vinculaciones, deberá allegar a COLPENSIONES los documentos correspondientes al pago efectivo de estas sumas a Colpensiones por la actora y que den cuenta de las sumas recibidas por la AFP PORVENIR S.A.S por cotizaciones, rendimientos, intereses, y las descontadas por gastos de administración, primas de seguros previsionales, porcentajes de garantía de pensión mínima la demandante, para que Colpensiones pueda establecer que la devolución se hace en los términos ordenados, la devolución deberá realizarse en el término de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, de conformidad a la parte motiva.

CUARTO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCION S.A., a realizar la devolución al régimen de prima media administrado por COLPENSIONES, las sumas descontadas a la actora señora CLAUDIA MARCELA RAMÍREZ ESTRADA durante la vinculación a la AFP PROTECCIÓN correspondientes a los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades, debidamente indexados y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, que le hubiera realizado durante su vinculación, deberá allegar los documentos correspondientes al pago efectivo de estas sumas a Colpensiones y con la documental que dé cuenta de las sumas recibidas por cotizaciones, rendimientos, intereses y de las descontadas por gastos de administración, primas de seguros previsionales, porcentajes de garantía de pensión mínima para que Colpensiones pueda establecer que la devolución se hace en los términos ordenados, dicha devolución deberá realizarse en el término de los 15 días hábiles siguientes a la ejecutoria de la presente providencia, de conformidad a la parte considerativa.

QUINTO: CONDENAR a Colpensiones de manera inmediata a la ejecutoria de esta sentencia, debe imputar en la historia laboral de COLPENSIONES para efectos pensionales de la demandante, las semanas cotizadas en el RAIS por la demandante; así mismo condenar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen estas sumas de dinero provenientes de AFP PORVENIR Y AFP PROTECCIÓN S.A., debe proceder a revisar que se haya hecho la devolución de conformidad a lo ordenado en esta sentencia, de conformidad a la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por las accionadas, conforme a lo expuesto.

SÉPTIMO: CONDENAR en costas de esta instancia a SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROECCION S.A., COLPENSIONES y a favor del demandante. Por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo como agencias en derecho a cargo de la administradora AFP PORVENIR S.A. la suma de \$ 1.000.000, y a AFP PROTECCION SA Y COLPENSIONES, por concepto de Agencias en Derecho a cargo de cada una la suma de \$ 250.000

Para **Fundamentar su decisión** sostuvo que, las AFP tenían la doble connotación de entidades de seguridad social y del sistema financiero, por lo que, con anterioridad en la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, tenían el deber de suministrar a los usuarios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realizaran, a efectos de garantizar que estos contaran con elementos de juicio claros y objetivos para escoger, de las opciones del mercado, la que más se ajustara a sus intereses. Resaltó que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha determinado que el deber de información correspondía a una descripción de las características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales, de modo que el afiliado pudiese conocer cómo funcionaba cada uno; que por lo tanto, se exigía de las AFPs hacer un paralelo entre las características, ventajas y desventajas de pertenecer a cada régimen, así como de las consecuencias jurídicas que acarrearía el traslado pensional.

Dijo que, de conformidad con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, en los casos en los que se analizaba la eficacia de un traslado, se producía una inversión de la carga de la prueba, lo que implicaba que a AFP les correspondía demostrar que se cumplió con el mentado deber de información, lo cual no se satisfacía con la simple firma de un formulario de afiliación, ni con las eventuales reasesorías posteriores que se hubiesen efectuado, ni con los traslados horizontales, toda vez que, la información debía haberse suministrado de manera oportuna, es decir, al momento del traslado. Indicó que, la Corte ha conceptualizado que la ineficacia tenía un carácter *ex tunc*, por lo que la AFP a la que estuviera vinculado el afiliado, le correspondía efectuar la devolución de todos los aportes, las deducciones, incluidos los gastos de administración.

Adujo que, en el caso que nos ocupa, de la prueba documental obrante en el expediente se hallaba que la demandante estuvo afiliada a Colpensiones desde el 01 de febrero de 1994; que en el año 1996, se había trasladado al RAIS administrado por Porvenir S.A.: que, posteriormente, había efectuado un traslado horizontal a Colmena, hoy Protección S.A. y, finalmente, había retornado a la AFP Porvenir S.A. a través de solicitud del 16 de marzo de 1999. Resaltó que, aunque en la historia laboral de Colpensiones se registraban cero semanas de cotización, lo cierto era que en la historia laboral del bono pensional se hallaba que la accionante había cotizado 25,2 semanas en el RPM y que en el certificado SIAFP se documentaba que el fondo inicial al que perteneció era Colpensiones, por lo que lo consignado por esa administrado correspondía a una imprecisión, máxime cuando en su contestación confesó que la demandante había cotizado 25 semanas en el RPM. Refirió que, se había aportado un documento que contenía la información sobre la posibilidad de retornar al RAIS antes de cumplir 47 años, pero que el mismo no tenía constancia de recepción, por lo que no tenía valor probatorio alguno.

Manifestó que, del interrogatorio de parte rendido por la demandante se lograba extraer que al momento del traslado inicial se le había indicado que en el RAIS podría obtener una pensión anticipada, que podría obtener rendimientos mayores que en el RPM lo que beneficiaría su mesada pensional y que no le informaron sobre los requisitos para acceder a la pensión de vejez en el RAIS. Con base en lo expuesto, determinó que, en este caso, ni Porvenir S.A. ni Protección S.A. lograron demostrar el cumplimiento del deber de información

Respecto de los traslados horizontales efectuados por la demandante, indicó que si bien que existían unas sentencias de la Sala de Descongestión Laboral de la Corte Suprema de Justicia en la que se indicaba que los mismos correspondían a actos de relacionamiento, lo cierto era que la Sala de Casación Laboral de la Corte, en sentencia CSJ SL1055 – 2022 señaló que los traslados horizontales no podían calificarse como tales, máxime cuando el eje central que se evaluaba en los proceso de ineficacia era si el afiliado había recibido o no la información al momento del traslado, por lo que los actos posteriores no validaban ni subsanaban el desacato originario.

Finalmente, respecto de la prescripción alegada indicó que no era procedente en estos casos como quiera que lo debatido tenía íntima relación con el derecho fundamental a la seguridad social y al derecho pensional, los que tenían un carácter de imprescriptibles.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación a efectos de que se revocara la decisión. Para tal efecto, manifestó que el Juez no tuvo en cuenta que no había fundamento para dudar del deseo de la trabajadora de pertenecer al RAIS, lo cual había manifestado de forma inequívoca con la firma del formulario de afiliación; que la decisión del Juez afectaba gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones y la sostenibilidad fiscal de Colpensiones, debido a que debería asumir prestaciones económicas de una afiliada que hacía más de 20 años no realizaba aportes al RPM; que el *a quo* estaba desconociendo la prohibición legal contenida en la Ley 737 de 2003. Finalmente, solicitó que se revocaran las costas a las que fue condenado como quiera que esta entidad no había participado en el acto de traslado.

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación a efectos de que se revocara la decisión en su integridad, argumentado que, si bien era cierto que existía una línea jurisprudencial sobre la ineficacia de los actos del traslado por las faltas al deber de información, la Corte había aclarado que la aplicación de esa línea debía atender a las

condiciones de cada caso, y que, en el caso bajo análisis no era posible aplicarla como quiera que la que demandante se afilió de manera libre, voluntaria e informada, con sustento en las cargas impuestas a las AFP para el año 1996. Indicó que, la Jueza pasó por alto que la demandante, en su condición de consumidora financiera, debió actuar con diligencia e informarse sobre las implicaciones del traslado, máxime cuando todas las características de los regímenes pensionales estaban reguladas por Leyes de acceso público; que se debía tener en cuenta que la demandante tuvo una vinculación con la entidad por espacio de 20 años, sin que hubiese presentado reclamación alguna o haya manifestado su intención de retornar al RPM.

Respeto a la devolución de los dineros, sostuvo que, al declararse la ineficacia del traslado, deben retornarse las cosas a su estado natural y al ser ello así, el traslado inicial no incluía gastos de administración, debido a que en el RPM no se generarían rendimientos. Igualmente, respecto de la indexación indicó que no era procedente, debido a que los rendimientos obtenidos para la cuenta de la demandante superaban la devaluación del dinero en el tiempo. Sobre los seguros previsionales, indicó que las coberturas se dieron por parte de las aseguradoras por lo que no era procedente la devolución, máxime cuando estas entidades eran terceros de buena fe.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A. y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir S.A. es ineficaz por falta de información, y si, como consecuencia de ello, hay lugar a declarar la ineficacia de los traslados horizontales en el RAIS y de ordenar a las AFPs retornar a Colpensiones los todos los aportes realizados por la actora en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora CLAUDIA MARCELA RAMÍREZ ESTRADA nació el día 14 de mayo de 1969 (f° 16, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que cotizó al RPM con el ISS desde el 01 de febrero de 1969, hasta el 31 de julio de 1994, cotizando un total

de 25,86 semanas (confesión de Colpensiones y f° 207 archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iii)** que el 16 de febrero de 1996, solicitó ante Porvenir S.A. el traslado al RAIS, el cual se hizo efectivo a partir del **01 de marzo de 1996** (f° 170 - 217 archivo 237, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); **iv)** que el 27 de julio de 1998, solicitó el traslado a Protección S.A. el cual se hizo efectivo a partir del 01 de septiembre de 1998 (f° 170 archivo 237, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital) y **iv)** que el 15 de marzo de 1999, solicitó el traslado a Porvenir S.A. el cual se hizo efectivo a partir del 01 de mayo de 1999 (f° 170 – 2016 archivo 237, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital);

INEFICACIA DEL TRASLADO

La alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral ha sostenido que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión del suministro de información al afiliado por parte de la AFP en el momento del traslado de régimen pensional, debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que, al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación, sin perjuicio de que, adicionalmente, la demandante solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que, al tratarse de ineficacia del traslado, el debate debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, esa Corporación ha determinado que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, toda vez que la alegación de no recibir información corresponde a una negación indefinida, que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y, finalmente, explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha indicado que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

La Corte Suprema de Justicia Sala Laboral concluyó, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ: SL12136-

2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad – **01 de marzo de 1996-**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el parágrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, al haber sido la AFP Porvenir S.A. la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

Ahora, frente a los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, porque le realizaron una reasesoría, o porque no retorno al RPM, advierte esta sala que no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz

por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo**, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

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

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

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a la devolución de los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos, cuya ausencia de orden de reintegro fue el objeto del recurso formulado por Colpensiones, cabe reseñar que le asiste razón al apoderado, en tanto la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello fue ordenado por la jueza de primer nivel se deberá confirmar la sentencia de primer grado en su integridad.

Ahora, no queda duda alguna que dichos valores deben ser indexados, como quiera que, por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta pérdida, de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación, por lo que tampoco es de recibo el reparo que efectuó en ese sentido Porvenir S.A.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a Colpensiones, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

COSTAS

En lo respecta al recurso formulado por la parte Colpensiones, encaminado a que se revoque la condena en costas de primera instancia en su contra por no haber participado en el acto de traslado, advierte esta Sala que no le asiste razón. De conformidad con el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, que, en este caso, además de Porvenir S.A. y Protección S.A., fue Colpensiones en tanto ninguna de las excepciones por ella formuladas en sede de primera instancia prosperó. Por lo expuesto, se despachará desfavorablemente tal reparo.

Frente a las costas en esta instancia, se imponen a cargo de Colpensiones y de Porvenir S.A. como quiera que los recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Décimo Laboral del Circuito de Bogotá, el 10 de octubre de 2022, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** y de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y de Porvenir S.A., la suma de \$1.160.000 para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105002202000038-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	PEDRO ANTONIO SIERRA IBÁÑEZ
DEMANDANDO	UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE PENSIONES DEL DEPARTAMENTO DE CUNDINAMARCA

En Bogotá D. C. a los veinte (20) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende el señor **Pedro Antonio Sierra Ibáñez** se condene a la demandada al reconocimiento y pago de la sustitución pensional del señor Francisco Sierra Ibáñez desde el 18 de diciembre de 2008, fecha en que falleció la señora Leonilde Ibáñez de Sierra, a la indexación de la primera mesada, lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 22 archivo 01, carpeta 1ª inst, exp digital), señaló que el señor Francisco Sierra Bernal era pensionado de la Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca; que este

falleció el 3 de julio de 1972; que el 23 de febrero de 2018, solicitó a esa entidad el reconocimiento y pago de la sustitución pensional en calidad de hijo del causante.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

La Unidad Administrativa Especial de Pensiones del Departamento de Cundinamarca contestó la demanda (f.º 122-125 archivo 01, carpeta 1ª inst, exp digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que al señor Francisco Sierra Bernal le fue reconocida una pensión sanción a partir del 16 de junio de 1968, mediante Resolución 1515 del 24 de junio de 1985, que ante su fallecimiento esta le fue sustituida a partir del 12 de julio de 1972, a la señora Leonilda Ibáñez de Sierra; que el demandante presentó la petición a la que hace referencia, pero que no allegó la documental requerida pese a que se le ha solicitado en varias oportunidades.

Formuló como excepciones de fondo, las de inepta demanda por no cumplir con la reclamación administrativa, incumplimiento de requisitos para acceder a la pensión, prescripción y la genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá, remitió el proceso al Juzgado Primero Laboral Transitorio de Bogotá D.C., en virtud del acuerdo PCSJA21-11766 del 11 de marzo de 2021, quien mediante sentencia del 26 de agosto de 2021 (archivo 04-05 carpeta 1ª inst, exp digital), resolvió absolver a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, y no hubo condena en costas.

La *a quo* indicó que no existía discusión frente a los siguientes puntos: *i)* que mediante sentencia emitida el 28 de febrero de 1972, por la Sala Laboral del Tribunal Superior de Bogotá se ordenó al departamento de Cundinamarca pagar al señor Francisco Sierra Bernal una pensión especial vitalicia de jubilación desde el 16 de junio de 1968; *ii)* que el 12 de julio de 1972, falleció el pensionado; *iii)* que mediante

Resolución 1515 del 24 de junio de 1985, la Caja de Previsión del departamento de Cundinamarca reconoció sustitución de pensiones a la señora Leonilda Ibáñez de Sierra en calidad de cónyuge supérstite a partir del 12 de julio de 1972; vi) que la señora Leonilda Ibáñez de Sierra murió el 18 de diciembre de 2008; y v) el demandante nació el 11 de septiembre de 1940, siendo hijo de los causantes.

Sostuvo que, la demandada había reconocido en su momento la sustitución pensional a la única beneficiaria que había acreditado los requisitos conforme la ley aplicable en esa data, recordando que lo había sido la Ley 5ª de 1969, la cual no se encontraba en discusión, la que establecía en su artículo 1º que fallecido un empleado jubilado, su cónyuge y sus hijos menores o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrían derecho a recibir la respectiva pensión.

Indicó que, para el 12 de julio de 1972, data en que falleció el pensionado, el actor en calidad de hijo tenía 31 años, luego no era menor de edad, ni estaba incapacitado para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, como quiera que la historia clínica allegada al expediente solo se evidenciaban una serie de consultas médicas de los años 2015 a 2017, por las patologías que padece, pero para 1972, no demostró que tuviese una invalidez ni que dependiera económicamente de su padre.

Refirió que, los requisitos exigidos para la sustitución pensional debían acreditarse para la fecha del deceso del pensionado, y no como lo pretendía el actor a la data en que falleció su madre, sumado a que en el proceso no se había demostrado que tuviese una pérdida de la capacidad laboral calificada por las autoridades competentes para ese fin conforme el artículo 41 de la Ley 100 de 1993, en consecuencia, indicó que absolvería de las pretensiones de la demanda.

RECURSO DE APELACIÓN

No se presentó recurso alguno.

CONSIDERACIONES

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a revisar la decisión en grado jurisdiccional de consulta a favor del demandante, acorde con el artículo 69 del CPTSS, debiendo determinarse, como problema jurídico si el actor acredita los requisitos para sustituir la pensión de jubilación de su padre, quien falleció el 12 de julio de 1972.

En el presente asunto no existe discusión respecto de los siguientes supuestos facticos: **i)** que mediante sentencia del 28 de febrero de 1972 proferida por el Tribunal Superior de Bogotá Sala Laboral se le reconoció una pensión especial vitalicia de jubilación al señor Francisco Sierra Bernal a cargo del Departamento de Cundinamarca a partir del 16 de julio de 1968; **ii)** que el 12 de julio de 1972, el señor Sierra Bernal falleció; **iii)** que a través de la Resolución 1515 del 24 de junio de 1985, de la Caja de Previsión Social del Departamento de Cundinamarca se le reconoció la pensión ordenada en providencia judicial y se sustituyó a la legítima esposa de este, la señora Leonilda Ibáñez de Sierra desde el 12 de julio de 1972; **iv)** que la señora Leonilda Ibáñez de Sierra murió el 18 de diciembre de 2008; y **v)** que el actor es hijo de los fallecidos y nació el 11 de septiembre de 1940.

Empieza la Sala por referir que tratándose de pensión de sobrevivientes o sustitución pensional la norma aplicable es la vigente a la fecha de fallecimiento del afiliado o pensionado, que para el caso concreto, tuvo ocurrencia el 12 de julio de 1972, es así como, bajo tal entendido la disposición que gobierna tal situación pensional, es el artículo 1º de la Ley 5ª de 1969, por medio de la cual se aclaró el artículo 12 de la Ley 171 de 1961, y el 5 de la Ley 4ª de 1966, y se dictan otras disposiciones, que puntualmente establece:

Artículo 1º.- Fallecido un empleado jubilado o con derecho a jubilación, su cónyuge y sus hijos menores o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente de él, tendrán derecho a recibir entre todos, según las reglas del artículo 275 del Código Sustantivo del Trabajo, la respectiva pensión durante dos (2) años subsiguientes.

(...).

Dado que, es un hecho indiscutido que al causante desde el 16 de julio de 1968, debía reconocérsele y pagársele una pensión especial vitalicia de jubilación por parte del Departamento de Cundinamarca, surge palmario que dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes o sustitución pensional.

En cuanto a los beneficiarios de la pensión bajo análisis, dicha norma determinó que lo serían de un lado, su cónyuge y de otro, sus hijos menores o incapacitados para trabajar por razón de sus estudios o por invalidez, que dependieren económicamente del pensionado fallecido, requisitos que debían acreditarse a la fecha del deceso del señor Francisco Sierra Bernal.

Así las cosas, se tiene que en el expediente está acreditado que el demandante señor Pedro Antonio Sierra Ibáñez es hijo del causante Francisco Sierra Bernal, por ende, se entrará a verificar si para el 12 de julio de 1972, acreditaba los requisitos para ser beneficiario de la sustitución de su padre.

Tenemos que el actor nació el 11 de septiembre de 1940, por lo que para el 12 de julio de 1972, contaba con 31 años de edad, de donde se desprende que para esa data era mayor de edad.

Ahora bien, en el informativo no obran pruebas de que el promotor del litigio a esa calenda estuviese incapacitado para trabajar por razón de sus estudios, ni que dependiera económicamente del pensionado fallecido.

Finalmente, respecto a si era un hijo incapacitado para trabajar por invalidez, tenemos que para esa data tanto el artículo 23 del Decreto Ley 3135 de 1968, como el artículo 61 del Decreto 1848 de 1969, establecían que se consideraba invalido para efectos de una pensión por ese riesgo la persona que tuviese una pérdida de la capacidad laboral no inferior a un 75%, la cual podía ser determinada por el servicio médico de la entidad a la cual se encontraba afiliado.

Revisadas las pruebas obrantes en el expediente se tiene que el actor **no** presentó elemento de juicio alguno que demostrara que al 12 de julio de 1972, tuviese una pérdida de la capacidad laboral superior al 75%, o que por lo menos se le hubiese realizado un dictamen de esa naturaleza en el que se evidencie que este tiene una invalidez con fecha de estructuración anterior al 12 de julio de 1972.

De otra parte, si bien al plenario se allegó: *i)* una certificación médica expedida el 31 de mayo de 2017 por un médico particular el cual señaló que el actor sufre de Hipertensión arterial, cardiomiopatía Isquémica y que debido a la amputación de sus miembros inferiores necesita silla de ruedas para su desplazamiento; y *ii)* la historia clínica del demandante de los años 2015 a 2017, esta solo da cuenta de situaciones en ese periodo por las patologías ya referidas, lo cierto, es que estas documentales no son idóneas para acreditar el porcentaje de la pérdida de capacidad laboral ni la fecha de estructuración, por ende, de ellas no puede concluirse que el demandante tuviese la condición de hijo invalido al 12 de julio de 1972.

Sobre el tema bajo análisis en sentencia CSJ SL, 29 ago 2002, rad. 18298, se conoció un caso de similares contornos en el sentido de que el pensionado había fallecido el 28 de mayo de 1986, su prestación fue sustituida a su cónyuge y posteriormente el hijo invalido la pretendió, en esa oportunidad se indicó:

Así las cosas, no surge una equivocada hermenéutica por parte del fallador de alzada frente a la disposición denunciada, pues es claro, acorde con los hechos probados, que la invalidez debe presentarse o estar estructurada al momento del fallecimiento del pensionado, no siendo válido entonces para acceder a la prestación en calidad de sustituto que la alegada invalidez se presente posteriormente al deceso. (subraya fuera del texto original)

Valga aclarar que el ad quem encontró consolidada la incapacidad laboral que invalidó al actor para laborar el 1º de enero de 1996, por lo que, se repite, dada la senda del ataque adoptada en el cargo, era forzoso para la censura aceptar esta conclusión, de donde es obvio que dicha fecha es la que se debe tener en cuenta para efectos de fijar el momento en que se estructuró la invalidez. De suerte que como la muerte del progenitor del actor ocurrió, mucho antes, el 28 de mayo de 1986, sin lugar a dudas, queda descartado el derecho pretendido en la demanda. (subraya fuera del texto original)

En consecuencia, el promotor del litigio no acreditó el cumplimiento de los requisitos exigidos por la Ley 5ª de 1969, para ser beneficiario de la pensión de

sobrevivientes o sustitución pensional de su padre el señor Ibáñez Bernal, por ende, sin más consideraciones, se confirmará la sentencia de primer grado.

Sin costas.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, proferida por el Juzgado Primero Laboral Transitorio de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310500420210025201
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	MARTHA LUCÍA ESCOBAR PINZÓN
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los veinte (20) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Martha Lucía Escobar Pinzón** se **declare** la nulidad por ineficacia de la afiliación y del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS), con Porvenir S.A., por el incumplimiento al deber de información en el que incurrió esta entidad y que se declare que su afiliación a RPM permaneció incólume. Como consecuencia de lo anterior, se **condene** a Colpensiones a tenerla como afiliada sin solución de continuidad y a Porvenir S.A. a trasladar a aquella entidad la totalidad de los aportes, rendimientos, bonos pensionales, semanas de cotización trasladadas, así como los demás dineros por ella aportados; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f° 3 a 18 archivo 1, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que se afilió al RPM desde agosto de 1990; que con la creación de los fondos privados, estos empezaron una campaña agresiva para obtener afiliados, que el 12 de mayo de 2021, Porvenir S.A. le remitió un formulario de afiliación de traslado, lo que daba cuenta de que ella no estaba afiliada a esta entidad sino a Horizonte S.A.; que esta última AFP para el mes de febrero de 2002, no tenía ninguna

relación con Porvenir S.A.; que en el año de 2014, Horizonte S.A. fue objeto de cesión por fusión con la empresa Porvenir S.A.; que todos los clientes de Horizonte S.A. fueron trasladados automáticamente a Porvenir S.A.

Indicó que, en febrero de 2022, un asesor de Horizonte S.A. se trasladó a las instalaciones de su empleador, quien le indicó que el ISS se liquidaría, que estaría en riesgo de perder su dinero y que en Horizonte S.A. tendría una mesada superior porque obtendría rentabilidad sobre su dinero; que tal asesor no le suministró una información concreta y veraz de las reales consecuencias que conllevaría su decisión de traslado de régimen, no le explicó la naturaleza del RAIS, ni sus características, ni su diferencia con el RPM, omitió dar información de las ventajas y desventajas sobre el cambio de régimen pensional, tampoco fue informada de las condiciones que debía cumplir para acceder a una pensión y no se le indicó que el monto de la mesada pensional dependería del comportamiento del mercado. Afirmó entonces que guiada por la información engañosa que recibió, el 05 de febrero de 2002 se trasladó al RAIS con Horizonte S.A.

Dijo que, el 20 de abril de 2021, presentó reclamación a Colpensiones, la cual fue contestada negativamente; que el día 13 del mismo mes y año, radicó en Porvenir S.A. solicitud encaminada a obtener las constancias de la debida asesoría, pero esta entidad le indicó que ello se había suministrado de forma verbal.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f° 2 – 22 archivo 08 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante se afilió por primera vez al RPM en agosto de 1990 y que la Ley 100 de 1993, entró en vigencia para el sector privado el 01 de abril de 1994; que la afiliación de la demandante a Horizonte S.A. no correspondía a una afiliación inicial sino a un traslado de régimen pensional; que la demandante agotó reclamación ante Colpensiones el 20 de abril de 2021; que esta entidad contestó negativamente su requerimiento. Frente a los demás hechos manifestó no contestarle.

Como excepciones de mérito, propuso las 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, improcedencia de la declaratoria de ineficacia del traslado de régimen, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la constitución política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de

legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (f° 2 – 31 archivo 07, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que con comunicación del 12 de mayo de 2021, esta entidad remitió formulario de afiliación de traslado a la actora, debido a que el cambio de régimen no se consumó inicialmente con esta administradora sino con Horizonte S.A.; que para febrero de 2002 esa AFP no tenía ningún vínculo comercial con Porvenir S.A.; que para esa misma fecha ambas AFPs competían en el mercado; que en enero de 2014, todos los clientes de Horizonte S.A. pasaron automáticamente a Porvenir S.A. y que Porvenir S.A. no tuvo participación o incidencia de algún tipo en traslado efectuado por la demandante; que la actora el 13 de abril de 2021, presentó derecho de petición ante Porvenir S.A. el cual fue contestado indicando que la asesoría efectuada se había realizado de forma verbal.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 27 de octubre 2022 (archivo 22 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación de MARTHA LUCÍA ESCOBAR PINZÓN DE ESCOBAR a la AFP PORVENIR S.A., realizada en el año 2002. 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 S.A a devolver a Colpensiones, las sumas percibidas por concepto de aportes, rendimientos, los 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 de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.

TERCERO: 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.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: CONDENAR en costas a la demandada PORVENIR. Fíjense como agencias en derecho la suma de \$1/2 smmlv.

SEXTO: CONCEDER el grado jurisdiccional de consulta en favor de COLPENSIONES, en consecuencia, envíese al Tribunal Superior de Bogotá - Sala Laboral.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que conforme lo definido la Corte Suprema de Justicia - Sala de Casación Laboral de manera pacífica y reiterada, desde que se implementó el sistema integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP, brindar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los regímenes pensionales con el fin de que puedan tomar decisiones informadas. Asimismo, señaló que el deber de información ha sido identificado en tres periodos, el primero de ellos, entre el año 1993 hasta el 2009, el segundo desde el 2009 hasta 2014, y el último desde el 2014 en adelante.

Afirmó que, de acuerdo con lo anterior, para la fecha en que la actora se trasladó al RAIS en el año 2002, la obligación de la AFP se enmarcaba en el periodo en el cual debía entregar información suficiente y transparente, que le permitiera elegir libre y voluntariamente que opción que mejor se ajusta a sus intereses conforme lo dispuesto en el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el numeral primero del canon 97 del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la ley 795 de 2013. Resaltó que, lo anterior implicaba que debía ilustrarse al afiliado sobre las características, condiciones de acceso y efectos de cada uno de los regímenes, por lo que el legislador y la jurisprudencia han previsto que la inobservancia de tales obligaciones traía consigo la ineficacia del acto de traslado.

Destacó que, el cumplimiento del deber de información no se agota con la simple firma del formulario de afiliación y, en ese sentido, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha considerado que el formulario de vinculación no demuestra que la AFP de forma previa a la suscripción de este documento, hubiese dado a conocer a la afiliado la información completa y comprensible que le permitiera tener conocimiento de la trascendencia de su decisión, pues únicamente refleja que su firma se hizo de manera libre y voluntaria.

Advirtió que, la demandante en el interrogatorio de parte se ratificó en lo dicho en su escrito de demanda pues indicó que, al momento de efectuar el traslado, no recibió la información suficiente que le permitirá tomar una decisión consciente. Adujo el Juez que respecto del acto de traslado solo obraba en el expediente el formulario de afiliación que correspondía una forma preimpresa y que de no se extraía que la AFP hubiese cumplido con el deber de información a su cargo; que aunque la AFP no tenía la obligación de efectuar una proyección pensional cuando la actora se trasladó, lo cierto era que sí debía explicarle el funcionamiento de cada régimen y la manera en que se financiaría la pensión en uno u otro, máxime cuando potenciales afiliados no eran expertos en pensiones.

Manifestó que, al no encontrarse acreditado que Porvenir hayan cumplido con el deber de suministrar a la afiliada información suficiente completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones que abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras, era procedente la declaratoria de la ineficacia del traslado.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que la acción de ineficacia es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto al fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede por los derechos de crédito, conforme lo ha sostenido la Corte Suprema de Justicia.

RECURSO DE APELACIÓN

La **DEMANDANTE** presentó recurso de apelación parcial en contra de la sentencia únicamente respecto de la ausencia de condena en costas a Colpensiones, argumentado que tal condena era procedente por la actitud procesal de la entidad a lo largo del trámite judicial, que fue la de oponerse a las pretensiones de la demanda.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia en el que solicitó que se revocara en su integridad argumentando que, el Juez no tuvo en cuenta que la demandante se trasladó de manera libre y voluntaria, tan era así que al absolver el interrogatorio aceptó que ella sin presión había firmado el formulario.

Frente a la condena de reembolsar gastos de administración, cuestionó que no resultaba coherente que se declarara la ineficacia en unos sentidos y en otros no, como quiera que el efecto de dicha figura era que el negocio no se había celebrado jamás, en este sentido, se debía entender que los frutos dados o rendimientos generados por la gestión de Porvenir S.A. no se generaron, por lo que era procedente ordenar el reembolso de estos valores. Destacó también que, al ser los rendimientos.

COLPENSIONES presentó recurso de apelación en contra de la sentencia de primera instancia en el que solicitó que se revocara en su integridad argumentando que el Juez no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica que implica que los actos jurídicos solo tienen efecto inter partes, por lo que al ser claro que Colpensiones no participó en el traslado, no podía soportar consecuencias desfavorables del mismo, como las que ahora está reportando. Solicitó además que se condenara a Porvenir S.A. a indemnizar los perjuicios que reportara Colpensiones.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la demandante, Porvenir S.A. y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta a favor de esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir S.A., fue ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a COLPENSIONES los todos aportes realizados por la actora en el RAIS. De igual forma, si procede la condena en costas a Colpensiones

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora **Martha Lucía Escobar Pinzón** cotizó al ISS entre el 30 de agosto de 1990 al 08 de febrero de 1991, un total de 56,71 semanas (f°23 - archivo 09, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *iii)* que el **05 de febrero de 2002**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir S.A., el cual se hizo efectivo a partir del 1° de marzo de 2002 (f° 33 y 55 archivo 7, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema*

Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de *«poder tomar decisiones informadas»*.

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que la accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad – **01 de marzo de 2002**-, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir *«libre y voluntariamente»* la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del

artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir suscrito el 24 de agosto de 1999, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Y es que en este punto debe advertirse que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Ahora bien, del interrogatorio de parte rendido por la parte actora, advierte la Sala que de este no se desprende confesión alguna, que permitan acreditar que, en efecto, la gestora del traslado de régimen, esto es Porvenir, haya dado cumplimiento al deber de información que le asiste, pues si bien, en su declaración demostró cierta ilustración sobre las características que rodean el sistema pensional en Colombia, ello no quiere decir que este conocimiento haya sido adquirido al momento en que se suscribió el formulario de afiliación y a raíz de lo informado en su momento por el asesor del fondo, ahora en gracia

de discusión y de aceptarse que ello fue así, no puede perderse de vista que, la parte actora a lo largo de su intervención, siempre manifestó que su principal motivación para pertenecer al RAIS era el deseo de mantener su derecho pensional a salvo, dado que el asesor que acompañó el proceso de traslado había manifestado que el ISS iba a desaparecer, que sus aportes estaban en riesgo y que estos hechos que generaría que se quedara sin la prestación por vejez, aunado lo anterior, censura el hecho que nunca se le advirtió que su pensión en este régimen sería el equivalente a mínimo, por lo anterior, es claro que, la información suministrada a la afiliada estuvo lejos de ser cierta y transparente, pues estuvo precedida de engaño, generando en ella temores infundados respecto de su futuro pensional.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó la juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*“La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); tal y como lo dispuso el juez de instancia, en la sentencia objeto de censura.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por ella aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

COSTAS

En lo respecta al recurso formulado por la parte demandante, encaminado a que se condene en costas de primera instancia a Colpensiones, advierte esta Sala que le asiste razón al recurrente. En efecto, de conformidad con el numeral 1 del artículo 365 del Código General del Proceso aplicable en materia laboral por remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, se debe condenar en costas a la parte vencida en el proceso, que en este caso, además de Porvenir S.A., fue Colpensiones en tanto ninguna de las excepciones por ella formuladas en sede de primera instancia prosperaron. Ahora, como quiera que en la parte resolutive de la sentencia no se efectuó un pronunciamiento expreso que negara la condena en costas a esta entidad, se procederá a ADICIONAR el numeral quinto, a efectos de imponer tal condena a Colpensiones.

De igual forma, se condenará en costas y agencias en derecho de segunda instancia a Colpensiones y a Porvenir S.A., por no haber prosperado el recurso formulado por ellas en contra de la sentencia de primera instancia.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL QUINTO de la sentencia apelada y consultada, proferida por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de Bogotá D.C., únicamente en el sentido de condenar en costas de primera instancia a **COLPENSIONES**.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandada **COLPENSIONES** y de **PORVENIR S.A.**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada
(Aclara voto)



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Porvenir S.A. y Colpensiones, la suma de \$1.160.000, para cada una de ellas.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

ACLARACIÓN DE VOTO

PROCESO ORDINARIO LABORAL DE MARTHA LUCÍA ESCOBAR PINZÓN CONTRA COLPENSIONES Y OTROS (RAD. 04-2021-00252-01)

M.P. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Con el debido respeto de mis compañeros de sala, me permito aclarar el voto, pues si bien estoy de acuerdo con la declaratoria de ineficacia del traslado, debo precisar que, al tener cotizaciones la actora al régimen de prima media con prestación definida hasta el 08 de febrero de 1991, trasladándose al RAIS el 05 de febrero de 2002, hay lugar a realizar las respectivas consideraciones respecto a sí se trata de una afiliación inicial o no.

Conforme con lo anterior, en el presente asunto ha de tenerse en cuenta que su última cotización en el régimen de prima media con prestación definida lo fue el 08 de febrero de 1991, sin que se presenten aportes en ese régimen con posterioridad al 1 de abril de 1994, sin embargo, ello no es óbice para mantener la calidad de afiliada al régimen de prima media con prestación definida, siendo su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por PORVENIR S.A. que tuvo ocurrencia el 05 de febrero de 2002, un traslado, conforme pasa a exponerse:

No se desconoce que de conformidad con el artículo 3° del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la ley 100 de 1993, se establece que a partir del 01° de abril de 1994 los afiliados al Sistema General de Pensiones “**deberán**” seleccionar uno de los dos régimen pensionales, bien sea el del régimen solidario de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad, no obstante, dicha obligación está dirigida a los nuevos afiliados al sistema general de pensiones que entró a regir al 1° de abril de 1994, pues solo a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 coexisten dos regímenes de pensiones excluyentes, deber estatuido también con la finalidad de prevenir casos de multiafiliación.

De esta manera, quienes a partir de la vigencia del nuevo sistema general de pensiones requirieran vincularse al sistema general de pensiones debían escoger entre uno y otro régimen, no pasando lo mismo con quienes antes del 01 de abril de 1994 se encontraban afiliados al otrora ISS, hoy COLPENSIONES, ya que es el mismo Decreto el que establece a renglón seguido en el artículo 4° que seguirán vinculados al régimen de prima media con prestación definida, entre otros “*los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o **continuar vinculados a éste si ya lo están***”, (Negrilla fuera del texto), circunstancia esta última que acontece en el sub examine, pues la actora a pesar de no haber sufragado cotizaciones al ISS con posterioridad al 01 de abril de 1994, venía afiliada al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS desde el 30 de agosto de 1990, y de ninguna manera puede considerarse que la falta de cotizaciones le haga perder tal condición, pues ello sería tanto como desconocer su vinculación y cotizaciones al sistema pensional antes de 1994, máxime cuando la afiliación al régimen pensional es única, permanente y vitalicia, pues así lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia desde vieja data, en los anteriores términos:

*“La afiliación es la fuente de los derechos y obligaciones de la Seguridad Social, y brinda una pertenencia permanente al Sistema; **se da mediante una primera y única inscripción vitalicia, y en ningún momento la afiliación al Sistema de seguridad social en pensiones se suspende o se pierde porque se dejen de causar cotizaciones o no se paguen éstas**”* (Radicación No 34240 del 21 de octubre de 2008) (Negrilla fuera del texto).

Igualmente, del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se deduce que quienes antes del 01 de abril de 1994 venían afiliados al ISS, Caja, fondo o entidad del sector público no requieren diligenciar nuevamente formulario de afiliación para entenderse incorporados al régimen de prima media con prestación definida, y así se consagra en los siguientes términos:

*“Quienes al 31 de marzo de 1994 **se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación.** Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, **y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado.**”* (Negrilla fuera del texto)

De lo anterior, de manera cristalina se logra establecer que la falta de cotizaciones al 1 de abril de 1994 no implica que el afiliado al régimen de prima media con prestación definida pierda la calidad de afiliado a ese régimen, ni tampoco que deba diligenciar un nuevo formulario de afiliación, pues en aquellos eventos, como acaeció en el sub examine, venía afiliada al ISS desde el 30 de agosto de 1990, y sin necesidad de nuevo formulario o afiliación al ISS, se trasladó de régimen pensional el 05 de febrero de 2002 a la AFP PORVENIR S.A.

De igual manera, valga la pena traer a colación lo discurrido en sentencia SL1419-2018, en la que la Corte le ha dado vocación de permanencia a la afiliación al sistema pensional, independiente de si se sufragaron o no cotizaciones y cuya afiliación data de antes de abril de 1994, veamos:

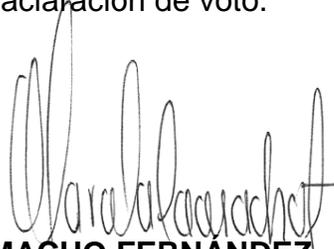
*“Por lo anterior, debía dársele el trato de un afiliado inactivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1992, según el cual la afiliación al sistema de pensiones tiene un carácter permanente y «...no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.» Así también lo ha reconocido esta sala de la Corte en sentencias como la CSJ SL2138-2016, CSJ SL9288-2017 y CSJ SL738-20108, entre muchas otras, en las que ha recalcado que la afiliación al sistema de pensiones es libre y voluntaria, **además de que tiene naturalmente una vocación de permanencia.**”*

(...)

*En ese sentido, **por el simple hecho de no haberse inscrito en otro régimen de pensiones y haber permanecido como afiliado inactivo en la demandada, el actor debía entenderse inscrito de manera necesaria en el régimen de prima media con prestación definida.**”*

De esta manera, la afiliación al régimen pensional es única y vitalicia, y no se pierde o suspende por falta de cotizaciones, motivo por el cual, quienes a 1° de abril de 1994 venga afiliados al régimen de prima media con prestación definida, independientemente de que tengan o no cotizaciones con posterioridad al citado régimen de prima media, y se afilian al RAIS, realizan un traslado de régimen pensional, y en ese orden sí es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310500620190010101
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ANA ROSA BELTRÁN JIMÉNEZ
DEMANDADO	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES

En Bogotá D. C. a los veinte (20) días del mes de mayo de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Ana Rosa Beltrán Jiménez** se **declare** que el señor Manuel Francisco Turizo Pimienta dejó causado el derecho a la pensión de sobreviviente, con sus cotizaciones efectuadas en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida en aplicación del principio de la condición más beneficiosa; que se **declare** que es beneficiaria de la pensión de sobrevivientes desde el 28 de febrero de 1999, fecha de la muerte de su cónyuge; como consecuencia de lo anterior, se **condene** al pago de la pensión de sobrevivientes desde el 28 de febrero de 1999, junto con el correspondiente retroactivo pensional y reajustes legales; que se **condene** al pago de los intereses moratorios en los términos del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 o en su defecto el pago de la indexación; que se **condene** a la demandada a la inclusión en nómina de pensionados, en un mes contado a partir de

la ejecutoria de la sentencia favorable; que se **condene** a la demandada al pago de las costas.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f °. 3 a 4), señaló en síntesis, que el señor Manuel Francisco Turizo Pimienta falleció el día 28 de febrero de 1999; el cual fue de origen común; que se encontraba afiliado en el régimen de prima media con prestación definida administrado por el ISS; que había cotizado un total de 344,29 semanas, de las cuales había cotizado mas de 150 semanas entre el 30 de abril de 1991 y el 1 de abril de 1994 y más de 150 semanas entre el 1 de abril de 1994 y el 31 de marzo de 1998; que convivió con el causante en calidad de compañero permanente desde el mes de mayo de 1979, y hasta la fecha de su deceso; que presentó solicitud de reconocimiento pensional ante el ISS, la cual fue negada por la entidad en la Resolución 0444 de 2000, bajo el argumento que no se reunían los requisitos exigidos en el artículo 46 de la ley 100 de 1993; que en dicha resolución se le reconoció la calidad de beneficiaria pensional; que a través de dicha resolución le fue reconocida la indemnización sustitutiva de pensión de sobreviviente.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f° 31 a 36), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó todos y cada uno de los planteados en el libelo genitor. Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación e innominada.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 14 de septiembre de 2021 (f°. 50 y 51), resolvió:

Condenar a la Administradora Colombiana de Pensiones Colpensiones a reconocer y pagar a la demandante señora Ana Rosa Beltrán Jiménez, la pensión de sobrevivientes en cuantía de \$236.460 pesos, equivalente al salario mínimo legal, a partir del día 28 de febrero de 1999, efectivo por prescripción trienal a partir del día 28 de enero de 2016, junto con los aumentos legales y 14 mesadas adicionales y los intereses legales regulados en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, desde la exigibilidad de la obligación, 28 de enero de 2016, mes a mes hasta cuando se

produzca el pago de la obligación, de conformidad con la parte motiva de la presente decisión.

Costas a cargo de la parte demandada vencida en el proceso, se fija en la suma de \$3'800.000 pesos, por concepto de agencias en derecho.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que el asegurado Manuel Francisco Turizo Pimienta, falleció el 28 de febrero de 1999, y cotizó al ISS hoy Colpensiones un total de 344.29 semanas entre el 1 de septiembre de 1974 al 31 de marzo de 1999; que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, el causante acreditó 179,85 semanas, que a la fecha de su fallecimiento no se encontraba afiliado al sistema de pensiones, ni acreditó una densidad mínima de 26 semanas durante el último año anterior a su muerte, conforme lo determina el artículo 46 de la Ley 100 de 1993.

Dijo que, con la historia laboral del causante, se estableció que con anterioridad a su deceso, acreditó 344,29 semanas, de las cuales 179,85 corresponde a un periodo anterior al 1 de abril de 1994, de tal forma que no se cumple con el presupuesto contemplado en el Acuerdo 049 de 1990, por no contar con 300 semanas de cotización en cualquier tiempo, anteriores a esta fecha. A pesar de ello, encontró acreditado que el afiliado cotizó 152,42 semanas entre el 1 de abril de 1994 al 1 de abril de 1998, y 226,57 semanas durante los últimos años anteriores a su muerte; que si bien no cotizó 300 semanas antes de que entrara en vigencia la Ley 100 de 1993, se probó que efectuó aportes por más de 150 semanas durante los 6 años anteriores a la vigencia de esta ley y cuenta con la exigencia de tener este mismo número de semanas dentro de los 6 años anteriores a su muerte, por lo que se colegía que su beneficiaria tenía derecho a la pensión reclamada, como quiera que la calidad de compañera permanente no fue controvertida dentro del expediente.

Por lo anterior, dispuso el reconocimiento de la prestación en la suma de \$236.460 a partir del día 28 de febrero de 1999, y por 14 mesadas al año, efectiva por prescripción trienal a partir del día 28 de enero de 2016, es decir, 3 años anteriores a la presentación de la demanda.

De igual forma, reconoció los incrementos legales y con los intereses moratorios contemplados en el artículo 141 de la ley 100 de 1993, desde el 28 de enero de 2016, hasta cuando se produzca el pago de la obligación, decisión que fundamento con lo dispuesto en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SL 1681

de 2020, y la sentencia de la Corte Constitucional SU 065 de 2018, en el entendido que estos intereses se generan en virtud del reconocimiento de la pensión con fundamento en la Ley 100 de 1993 o régimen anterior, por el solo hecho del pago tardío de la mesada pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES impetró recurso de apelación, con la finalidad que se revoque en su integridad la sentencia proferida, para tal efecto, sostuvo que, se desconoció que el ISS hoy Colpensiones mediante Resolución 000444 de 2000, le reconoció una indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes a la demandante, por cuanto estuvo apoyada en el artículo 6 del Decreto 1730 de 2001, norma que establece que existe incompatibilidad respecto de las indemnizaciones sustitutivas de invalidez y vejez, con las pensiones que se reconozcan por este mismo origen, razón por la que la prestación incoada por la demandante no está esta llamada a prosperar.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en su favor en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados, procede esta Sala a determinar lo siguiente: *i)* si el afiliado Manuel Francisco Turizo Pimienta dejó causado el derecho a la pensión de sobreviviente; *ii)* si a la demandante Ana Rosa Beltrán Jiménez le asiste el derecho a percibir la pensión de sobrevivientes como beneficiaria del causante y en virtud de la aplicación de la condición más beneficiosa; y *iii)* si el reconocimiento de la indemnización sustitutiva resulta incompatible con el reconocimiento de la pensión de sobreviviente.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que el señor Manuel Francisco Turizo Pimienta falleció el 28 de febrero de 1999 (f°. 12); *ii)* que el causante estaba afiliado al ISS donde había cotizado 344,29

semanas entre el 1 de junio de 1974 al 31 de diciembre de 1997 (f°. 17 a 19); *iii*) que el ISS mediante Resolución 0444 del 23 de febrero de 2000, le reconoció a Ana Rosa Beltrán Jiménez, en calidad de compañera permanente del fallecido y a Eder Eli Turizo Beltrán, en calidad de hijo del causante, una indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes en cuantía de \$1.948.200, para cada uno de ellos.

Conforme lo anterior, dado que el ISS en la Resolución 0444 del 23 de febrero de 2000, le reconoció a la demandante la calidad de beneficiaria de las prestaciones económicas derivadas de la muerte del señor Turizo Pimienta, al concederle la indemnización sustitutiva, ello implica que también es beneficiario de la pensión de sobrevivientes. Así lo ha entendido la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias CSJ SL667-2013, CSJ SL11548-2015, CSJ SL2152-2019, CSJ SL5037-2020y más recientemente en CSJ SL3933-2021.

PENSIÓN DE SOBREVIVIENTES

Empieza la Sala por señalar que la norma aplicable es aquella vigente al momento del deceso del pensionado y/o afiliado, por manera que al no existir controversia respecto de que el señor Manuel Francisco Turizo Pimienta falleció el 28 de febrero de 1999, no hay duda de que el precepto normativo que gobierna el caso es el artículo 46 de la Ley 100 de 1993, en su versión original (CSJ SL4795-2018, CSJ SL5229-2018 y CSJ SL1379-2019).

En efecto, el artículo 46 de la mencionada Ley 100, al regular los requisitos que debe dejar acreditados el fallecido para causar la pensión de sobrevivientes en favor de sus beneficios, dispuso:

ARTICULO 46. Requisitos para obtener la Pensión de Sobrevivientes. Tendrán derecho a la pensión de sobrevivientes:

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, o invalidez por riesgo común, que fallezca, y

*2. Los miembros del grupo familiar del **afiliado que fallezca**, siempre que éste hubiere cumplido alguno de los siguientes requisitos:*

a) Que el afiliado se encuentre cotizando al sistema y hubiere cotizado por lo menos veintiséis (26) semanas al momento de la muerte;

*b) Que habiendo dejado de cotizar al sistema, hubiere efectuado aportes durante por lo menos 26 semanas del año inmediatamente anterior al momento en que se produzca la muerte.
(...)*

En este orden, acorde a los presupuestos legales establecidos por dicha normativa, es evidente que, para efectos de obtener el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes pretendida, se requiere primero determinar si el fallecido para el momento de su deceso estaba aportando o había dejado de cotizar.

Entonces, al verificar la historia laboral expedida por Colpensiones (f°. 16 a 19), se evidencia que la última cotización del señor Turizo fue el 31 de diciembre de 1997, es decir, que para la data de su muerte 28 de febrero de 1999, no estaba cotizando, ubicándose entonces en el numeral 2 literal b) del artículo 46 de la Ley 100 de 1993, que exigía 26 semanas en el año inmediatamente anterior al momento del deceso.

Así, al revisar la historia laboral expedida por Colpensiones se observa que el causante entre el 28 de febrero de 1998, y el mismo día y mes del año 1999, no aportó ninguna semana, en consecuencia, no dejó causado el derecho a la pensión de sobrevivientes bajo esta normatividad.

PRINCIPIO DE LA CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA

La Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en la sentencia CSJ SL4064-2019, reiterada en la CSJ SL1663-2021, sobre la aplicación de este principio, sostuvo:

Pues bien, para dar respuesta a los planteamientos de la censura, importa recordar que en estos casos, en los que el óbito del causante ocurre en vigencia la Ley 100 de 1993, en su redacción original, la Corte ha aceptado la aplicación del principio de la condición más beneficiosa, en aras de permitir un estudio de la prestación a la luz de lo establecido en el artículo 25 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, de lo que son ejemplo las sentencias CSJ SL, 13 ag. 1997, rad. 9758, CSJ SL, 9 jul. 2008, rad. 30581, CSJ SL, 12 abr. 2011, rad. 41300, y CSJ SL, 17 abr. 2013, rad. 47174. En la última de las providencias mencionadas, esta Corporación explicó:

En lo que tiene que ver con el fondo de la acusación, contrario a lo que sostiene la censura, el Tribunal sí reconoció que el afiliado había fallecido durante la vigencia de la Ley 100 de 1993 y que, por tal razón, esa era la norma llamada a regular el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes. No

obstante, también entendió que a pesar de que no se reunían los requisitos allí definidos, era posible acudir a las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, por virtud del principio de la condición más beneficiosa. (Negrillas fuera del texto original).

Con dicha reflexión no incurrió en alguna imprecisión jurídica, pues esta Sala de la Corte ha sostenido de manera reiterada que cuando la muerte del afiliado ocurre en vigencia de la Ley 100 de 1993, en su redacción original, es posible estudiar el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes, con apego a los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, por virtud del principio de la condición más beneficiosa. Dicha orientación ha sido mantenida desde la sentencia del 13 de agosto de 1997, Rad. 9758, en la que se dijo al respecto: (Negrillas fuera del texto original).

(...)

Además cabe resaltar que mientras los artículos 6 y 25 del Acuerdo 49 de 1990 señalaron como requisitos de aportes para la pensión de sobrevivientes de origen común reunir 150 semanas de cotización sufragadas en los 6 años anteriores a la muerte o 300 en cualquier tiempo, el nuevo ordenamiento legal de prima media con prestación definida de la ley 100 redujo las semanas a sólo 26 en cualquier tiempo para quienes estuvieren afiliados al momento de la muerte, y para quienes dejaron de cotizar al sistema introdujo la condición de que las mismas 26 hubiesen sido sufragadas dentro del año inmediatamente anterior al fallecimiento, por lo que ante tal realidad y en atención al postulado protector propio del derecho del trabajo y de la seguridad social, se actualiza por excelencia en el caso objeto de estudio, el principio de la condición más beneficiosa, contemplado en el artículo 53 de la Constitución Política.

En consecuencia, sería violatorio de tal postulado y del principio constitucional de la proporcionalidad, entender que dentro del nuevo régimen de la ley 100 - que redujo drásticamente el requisito de intensidad de semanas -, quedaron abolidas las prerrogativas de los derechohabientes originadas por afiliados que durante su vinculación como sujetos activos de la seguridad social habían cumplido todas las cotizaciones exigidas en el reglamento aplicable y antes de entrar a regir la nueva ley se desafiliaron del sistema al considerar fundadamente que por faltarles únicamente el requisito del fallecimiento sus familiares podrían reclamar la respectiva prestación al momento de su deceso.

Por lo anterior, la circunstancia de no haber cotizado el causante ninguna semana al ISS, en el año inmediatamente anterior a su fallecimiento, en manera alguna aparece la ineficacia de sus aportes durante más de 20 años (más de 1.200 semanas), porque esa condición más beneficiosa estatuida en el régimen del Acuerdo 049 está amparada por el artículo 53 supralegal y por ende tiene efectos después del 1º de abril de 1.994, para la eficacia del cubrimiento del seguro de invalidez, vejez y muerte, dado que el mínimo de semanas requerido estaba más que satisfecho; es más, era tal la densidad de ellas que superaba las exigidas para la pensión de vejez (artículo 12 del mismo Acuerdo).

Así mismo, no escapa a la Sala que ante una contradicción tan evidente, impone el sentido común el imperio de una solución cimentada en una interpretación y aplicación sistemática de normas y en el espíritu de las mismas, consultando los principios de equidad y proporcionalidad. Y en tal orden de ideas se apartaría de estos postulados la decisión jurisdiccional que sin ningún análisis contextual aplicara al caso el artículo 46 de la ley 100 de 1.993, y so pretexto de haberse producido el deceso a los 3 meses y 23 días de entrar en vigencia el nuevo régimen de seguridad

social y de no tener cotizadas el causante 26 semanas en el año anterior al fallecimiento, se negase a sus derechohabientes la pensión de sobrevivientes, que edificó el afiliado durante más de 20 años, las que le daban derecho a causar no sólo pensión de sobrevivientes sino aun a estructurar el requisito de aportes para la pensión de vejez.

Si se acogiera tal solución fría y extremadamente exegética se llegaría al absurdo que un mínimo de cotizaciones efectuadas durante solo 6 meses anteriores a la muerte da más derecho que el esfuerzo de aportes durante toda una vida laboral efectuado por quien cumplió con todos los cánones estatuidos en los reglamentos vigentes durante su condición de afiliado, lo cual no solamente atenta contra los principios más elementales de la seguridad social, sino también contra la lógica y la equidad.

Por tanto, siendo indiscutible el cumplimiento de todas las cotizaciones estatuidas por el régimen vigente durante la vinculación de SAUL DARIO MESA RODRIGUEZ al seguro de invalidez, vejez y muerte, luego de lo cual se produjo su muerte y ante la presencia de dos sistemas normativos de seguridad social de posible aplicación razonable, a juicio de la Corte, como son el Acuerdo 049 - decreto 0758 de 1.990- y la ley 100 de 1.993, debe inclinarse el juzgador, con arreglo al texto 53 supralegal por la norma de seguridad social vigente al momento de culminación de la afiliación, esto es el primero de los estatutos mencionados, por ser el régimen más favorable a quien en vida cumplió en desarrollo de su labor con el sistema de seguridad social, para su protección y la de su familia.

(...)

La mencionada postura fue precisada en sus condiciones, a través de decisiones como la del 9 de julio de 2008, Rad. 30581, en la que se anotó:

*“En segundo lugar es de recordar, que sobre el tema en cuestión, esta Corporación **tiene su propio criterio y ha adoctrinado mayoritariamente**, que un afiliado al régimen del Instituto de los Seguros Sociales, que tenga en su haber el número y densidad de semanas exigidas por los artículos 6°, 25 y 27 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, esto es, 150 semanas dentro de los seis años anteriores a la fecha del deceso o 300 en cualquier época, aunque fallezca en vigor de la nueva ley de seguridad social y no cumpla con el requisito del artículo 46 de la Ley 100 de 1993 relativo a las 26 semanas cotizadas al sistema para el momento de la muerte o dentro del último año, tiene derecho a que se le aplique el principio de la condición más beneficiosa consagrado en el artículo 53 de la Constitución Política, a fin de definir su situación pensional respecto de sus beneficiarios.*

(...)

*Al respecto conviene agregar, en lo concerniente a las dos hipótesis que contiene la normatividad que antecede a la nueva ley de seguridad social, esto es, el literal b) del artículo 6° del Acuerdo 049 aprobado por el Decreto 758 de 1990, la Corte adicionalmente ha sostenido, que la primera, en la que se mencionan 300 semanas cotizadas en cualquier tiempo, ese número debe estar satisfecho para el momento en que comenzó a regir la Ley 100 de 1993; en cambio frente al segundo supuesto de la norma, relativo a una densidad de 150 semanas aportadas al ISS "dentro de los seis años anteriores a la muerte del afiliado", recientemente se fijó el criterio consistente en que este requisito **para efectos de la aplicación de la condición más beneficiosa**, cuando el deceso acontece en imperio de la Ley 100 de 1993, se debe considerar cumplido contabilizando esos seis años pero desde el 1° de abril de 1994 hacía atrás, es decir remontándose en el tiempo hasta el 1° de*

abril de 1988, y además es menester que el asegurado también tenga en su haber esa misma densidad de semanas (150) en los seis años que anteceden al fallecimiento, en el entendido de que el suceso de la muerte ocurriera antes del 1° de abril de 2000, según se dejó sentado en casación del 4 de diciembre de 2006 radicado 28893 que rememoró la decisión del 26 de septiembre de igual año radicación 29042, (...)”

La anterior doctrina ha sido reiterada en decisiones como las del 12 de abril de 2011, Rad. 41300, 13 de marzo de 2012, Rad. 45418, 17 de abril de 2012, Rad. 43716, 28 de agosto de 2012, Rad. 41816 y 30 de enero de 2013, Rad. 39012, entre muchas otras. (Subrayas fuera del texto)

Como en este caso el afiliado fallecido tenía más de 300 semanas cotizadas para el momento en el que entró a regir la Ley 100 de 1993, es claro que se cumplían a cabalidad los requisitos necesarios para disponer el pago de la pensión de sobrevivientes a sus beneficiarios, con arreglo a lo dispuesto en los artículos 6 y 25 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de 1990, aplicable por virtud del principio de la condición más beneficiosa.».

Acogiendo el anterior criterio jurisprudencial, se observa que en el asunto bajo examen, el causante falleció el 28 de febrero de 1999, por ende, conforme al principio de condición más beneficiosa, la normativa inmediatamente anterior es el Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 de igual año, la cual exigía como requisitos para el reconocimiento de la prestación por muerte, 300 semanas de aportes en toda la vida laboral o 150 en los 6 años anteriores a la muerte.

Ahora, sobre la forma en que deben contabilizarse esas semanas, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL11548-2015 reiterada en CSJ SL5147-2020, señaló:

En torno a la aplicación de dichos preceptos [artículos 6.º y 25 del Acuerdo 049 de 1990] y, cuando el asegurado fallece en vigencia de la Ley 100 de 1993, y no cumplía la densidad de cotizaciones exigida por el artículo 46 en su original redacción, de dicha ley, para dejar causado el derecho a la pensión de sobrevivientes, ha dicho la Corte lo siguiente:

En cuanto a las trescientas (300) semanas cotizadas en cualquier época con anterioridad al estado de invalidez -y que para el caso de la pensión de sobrevivientes es con anterioridad al fallecimiento-, deben estar satisfechas al momento en que entró en vigencia la Ley 100 de 1993.

Respecto de las ciento cincuenta (150) semanas cotizadas dentro de los seis (6) años anteriores al estado de invalidez -y que igualmente para el caso de la pensión de sobrevivientes, son anteriores al fallecimiento-, esa densidad debe estar satisfecha, pero contabilizando ese tiempo desde el 1º de abril de 1994 hacía atrás, y adicionalmente tener esa misma densidad en los seis (6) años anteriores a su fallecimiento. (...)

Al aplicar la anterior línea de pensamiento al sub examine, se tiene que si bien el causante no cotizó las 300 semanas antes de la entrada en vigor de la Ley 100/93, al que alude el primero de los requisitos que jurisprudencialmente se han fijado, sí cumple con el segundo de los presupuestos al que también hace referencia la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia para acceder a la pensión de sobrevivientes, bajo el postulado de la condición más beneficiosa, esto es, tener 150 semanas antes del 1 de abril de 1994, cuando entró a regir la referida ley, y 150 cotizaciones dentro de los seis años anteriores al fallecimiento del causante.

Lo anterior, en tanto que al revisar la historia laboral del afiliado fallecido, se tiene que este aportó antes de la entrada en vigor de la Ley 100 de 1993, un total de 179,74 semanas, y con posterioridad a esta data cotizó 164,55 semanas, de modo que, sí dejó causada la pensión de sobrevivientes en los términos del Acuerdo 049 de 1990, aplicable en virtud del principio de la condición más beneficiosa, toda vez que tenía el número la densidad de aportes exigido por dicha normativa al momento de entrar en vigencia.

En consecuencia, se confirmará la sentencia de primer grado respecto del otorgamiento de la pensión de sobrevivientes.

INDEMNIZACION SUSTITUTIVA

Sostuvo la parte demandada que en la sentencia apelada se desconoció que el extinto ISS, mediante Resolución 000444 de 2000, reconoció a la promotora de la contienda, una indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes, la cual resulta ser incompatible con la prestación aquí reconocida.

Sobre el particular, se tiene que en la sentencia de instancia nada se dijo frente al reconocimiento de esta prestación; a pesar de ello, conforme fue advertido en precedencia, no existe controversia alguna respecto a que a la convocante a juicio, el otrora ISS le reconoció y pagó una indemnización sustitutiva de la pensión de sobrevivientes en cuantía de \$1.948.200, de ello, no solo da fe la Resolución 000444 de 2000, sino la liquidación de la indemnización y la constancia de los valores girados. (f° 13 a 15 y 43).

Ahora bien, la anterior circunstancia no es óbice para que se hagan nugatorias las aspiraciones de la demandante, como quiera que ella ha demostrado en juicio que reúne los requisitos legales para acceder a la pensión de sobrevivientes con ocasión del óbito de Manuel Francisco Turizo Pimiento; por lo tanto, el reconocimiento de la indemnización sustitutiva de la pensión de sobreviviente no impide reconocer esta prestación y así lo ha dejado sentado la Corte Suprema de Justicia en su Sala de Casación Laboral, entre otros, en la sentencia CSJ SL1624-2018, reiterada en la SL1021-2022, en donde se indicó:

Para responder esta acusación, basta señalar que la circunstancia de haber recibido los beneficiarios, los saldos de la cuenta individual del causante, en virtud de la devolución efectuada por la administradora demandada, no los priva de la posibilidad de acceder a la pensión de sobrevivientes deprecada, pues como lo ha sostenido la jurisprudencia de la Sala, tanto la devolución de saldos como la indemnización sustitutiva son prestaciones que tienen el carácter de provisionales, y que no se constituyen en obstáculo para el disfrute de la prestación periódica cuando se demuestra que existe el derecho a ella, por ser la pensión la garantía máxima de la seguridad social y un beneficio irrenunciable en los términos del artículo 48 superior. (Subrayado fuera del texto original).

De otro lado, se deberá autorizar a la enjuiciada para que del valor del retroactivo descuente la suma pagada a la demandante por concepto de la indemnización sustitutiva, en la medida que la misma propende por preservar el principio de sostenibilidad financiera del sistema general de pensiones y evitar así, un enriquecimiento injusto por parte de los aquí accionada, a quienes les fue reconocida la mencionada indemnización, a través de la Resolución tantas veces aludida.

Como sustento de lo anterior, se debe traer a colación la sentencia CSJ SL2876-2022 de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en donde se indicó frente al tema en particular, lo siguiente:

Por último, para evitar un detrimento del fondo público, este podrá descontar de las anteriores cifras los dineros que recibió el demandante por concepto de indemnización sustitutiva de la pensión de vejez, cifra que igualmente deberán ser indexadas en aplicación de la fórmula antes descrita.

De ahí que, resulta totalmente válido y procedente autorizar a Colpensiones para que del retroactivo pensional liquidado a favor de la accionante, se descuente la suma pagada a título de indemnización sustitutiva, debidamente indexada.

PRESCRIPCIÓN

En relación con la excepción de prescripción que presentó la demandada, ha de indicarse que, en aplicación del artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, en concordancia con el artículo 488 del CST, las acciones que emanan de las leyes sociales prescriben en tres años, contados desde que la respectiva obligación se hubiese hecho exigible; no obstante, el simple reclamo del afiliado o pensionado recibido por el pagador de su prestación sobre su derecho, interrumpe este fenómeno por un lapso igual.

En el presente asunto, el derecho se reconoció desde el 28 de febrero de 1999, y se observa que la única reclamación que existe respecto de la pensión de sobreviviente es la presentada el 12 de mayo de 1999, conforme se extrae del contenido de la Resolución 0444 de 2000, (f° 13), sin que dentro de los 3 años siguientes se presentara la acción correspondiente, como quiera que fue tan solo hasta el 28 de enero de 2019, que se interpuso la presente demanda (f° 1), por lo anterior, es claro que las mesadas pensionales causadas con anterioridad al 28 de enero de 2016, se encuentran prescritas, tal y como lo definió el a quo.

RETROACTIVO PENSIONAL

Conforme con lo dispuesto en el artículo 283 del CGP, se actualizará el valor de las condenas impuestas a cargo de Colpensiones, hasta la fecha en que se profiera la presente decisión y por concepto de retroactivo pensional, causado durante el periodo comprendido entre el 28 de enero de 2016 al 31 de mayo de 2023, teniendo en cuenta para ello que no existe discusión alguna frente al reconocimiento de la prestación en cuantía de un salario mínimo legal mensual vigente y el número de mesadas a reconocer. Así la cosas y efectuadas las operaciones aritméticas correspondiente, se obtiene un valor de \$87.320.012, el cual incluye las mesadas adicionales de junio y diciembre, lo anterior, conforme la siguiente liquidación:

Año	S.M.L.M.V.	No. Mesadas	Retroactivo
2016	\$ 689.454,00	14	\$ 9.652.356,00
2017	\$ 737.717,00	14	\$ 10.328.038,00
2018	\$ 781.242,00	14	\$ 10.937.388,00
2019	\$ 828.116,00	14	\$ 11.593.624,00
2020	\$ 877.803,00	14	\$ 12.289.242,00
2021	\$ 908.526,00	14	\$ 12.719.364,00
2022	\$ 1.000.000,00	14	\$ 14.000.000,00
2023	\$ 1.160.000	5	\$ 5.800.000,00
Total retroactivo:			\$ 87.320.012,00

A partir del 1 de junio de 2023, la demandada deberá pagar debidamente ajustada la mesada pensional a la que tiene derecho la actora, con sus respectivos reajustes legales y mesadas adicionales. A su vez, se autoriza a la entidad enjuiciada para que descuente del retroactivo pensional, las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud.

Por lo anterior, se adicionará la sentencia consultada.

INTERESES MORATORIOS

En virtud de que se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, resulta procedente que este órgano colegiado establezca la procedencia de los intereses moratorios. Al respecto, se tiene que la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia en sentencia CSJ SL3808-2020, rememorada en la CSJ SL3834-2021, donde se analizó un asunto de similares contornos al que ahora ocupa la atención de la Sala, y en donde se hizo la reclamación administrativa en 2012, sostuvo:

[...] al descender al caso objeto de litis, no se discuten los siguientes aspectos fácticos y jurídicos; i) que la muerte del causante se suscitó en el año 2000; ii) que se reclamó administrativamente el derecho pensional el 5 de diciembre de 2012 (f.º 4 del cuaderno principal); iii) que a través de la Resolución n.º127087 de 12 de junio de 2013 (f.º 5 a 8), se reconoce la prestación solicitada; iv) que existe una línea pacífica y uniforme respecto a la aplicación de la condición más beneficiosa en materia de pensión de sobrevivientes de más de un decenio al momento de la petición del derecho; v) que mediante Circular 01 de 2012 COLPENSIONES acoge administrativamente la posición jurídica de la Corte Suprema de Justicia sobre la aplicación de la condición más beneficiosa en las pensiones de sobrevivientes e invalidez (Resolución n.º GNR127087 de 12 de junio 2013, f.º 5 reverso); iv) que el plazo con que cuentan los fondos de pensiones para el

reconocimiento de la pensión de sobrevivientes es de dos meses (Ley 717 de 2001). (Subrayado fuera del texto original).

En este orden de ideas, al existir una línea jurisprudencia quieta y pacífica sobre la aplicación de la condición más beneficiosa en relación a la pensión de sobrevivientes cuando el hecho generador del derecho se suscita en vigencia de la Ley 100 de 1993, ésta tiene fuerza vinculante para las entidades de la seguridad social, lo que le impone el deber de acatar los lineamientos jurisprudenciales para el reconocimiento de la prestación reclamada dentro de los plazos establecidos en la ley.

Por consiguiente, en el presente asunto resultaba procedente la condena por intereses moratorios, ante la mora del fondo de pensión en el reconocimiento de la prestación reclamada, aunado a que la entidad había interiorizado administrativamente dichos lineamientos a través de la Circula 01 de 2012, es decir, la entidad actuó a sabiendas, de que el afiliado había dejado causado el derecho a la pensión de sobrevivientes y, reconoció la prestación después del plazo de 2 meses regulado por la Ley 717 de 2001. (Subrayado fuera del texto original).

De acuerdo con lo anterior, se tiene que conforme lo indicado por la juzgadora de instancia, resulta procedente la imposición de los intereses moratorios, como quiera que para la fecha en que se elevó la solicitud de reconocimiento de la pensión de sobreviviente con ocasión del deceso del señor Turizo, esto es el 12 de mayo de 1999, la máxima Corporación de la Jurisdicción Ordinaria, en su Sala de Casación Laboral, ya contaba con una serie de pronunciamientos en los que se abordaba la procedencia del reconocimiento de la pensión de sobreviviente bajo la aplicación de la condición más beneficiosa, encontrándose edificada y consolidada una línea jurisprudencial pacífica y uniforme en torno a este tema, a modo de ejemplo se cuenta con las sentencias con número de radicación 9758 del 13 de agosto de 1997, Rad. 11029 del 18 de noviembre de 1998, Rad. 10399 del 31 de marzo de 1998 y Rad. 10552 del 30 de abril de 1998.

Aunado con lo anterior, se debe hacer notar que la defensa de la encartada estuvo orientada a desconocer los derroteros sentados por la Corte Suprema de Justicia, insistiendo incluso que la norma aplicable para el caso objeto de estudio era la Ley 100 de 1993, en su texto original, normatividad bajo la cual el causante no dejaba causado el derecho pensional.

Por lo anteriormente expuesto, se impone confirmar la sentencia consultada, en lo que a este aspecto se refiere.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la demandada Colpensiones, como quiera que su recurso de alzada no prosperó.

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

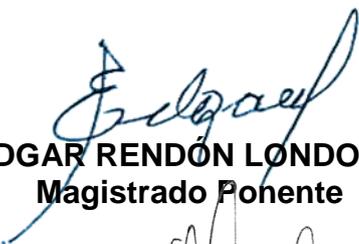
RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia consultada, proferida por el Juzgado Sexto Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES** a pagar a favor de la señora Ana Rosa Beltrán Jiménez, la suma de \$87.320.012, por concepto de retroactivo pensional a partir del 28 de enero de 2016 hasta el 30 de mayo de 2023. A partir del 1 de junio de 2023, la demandada deberá pagar debidamente ajustada la mesada pensional a la que tiene derecho la actora, con sus respectivos reajustes legales y mesadas adicionales. De dicho retroactivo se autoriza a la entidad para que descuenta las cotizaciones que por mandato legal deben realizarse con destino al sistema de seguridad social en salud y la suma pagada a la demandante por concepto de la indemnización sustitutiva.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo Colpensiones.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente


DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones,
la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310500720190029001
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	ADRIANA MC'ALLISTER BRAIDY
DEMANDADO	<ul style="list-style-type: none"> - ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS

En Bogotá D. C. a los veinte (20) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

La señora **Adriana Mc'Allister Braidy** pretende que se **declare** la ineficacia de la afiliación y del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a ING Pensiones hoy Protección S.A., por existir vicios del consentimiento; que se declare sin efectos jurídicos su afiliación posterior al RAIS con Porvenir S.A.; que debido a que a la fecha de la presentación de la demanda se encuentra afiliada a Colfondos S.A., se ordene a esta entidad trasladarla a Colpensiones junto con los saldos, cotizaciones, cuotas de administración, bonos pensionales, sumas adicionales, así como los frutos e intereses y todos los valores que hubiese recibido con ocasión de su afiliación; que se ordene a Colpensiones a aceptar su traslado y que se declare que su única afiliación válida ha sido al RPM; que se condene a las demandadas a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f ° 1 a 20 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital) señaló en síntesis, que nació 09 de marzo de 1968; que el día 27 de

agosto de 1991, se afilió a RPM administrado por el ISS hoy Colpensiones, momento en el que inició cotizaciones al Sistema de Seguridad Social; que fue trasladada al RAIS administrado por Colmena S.A., entidad que se fusionó con ING Pensiones; que posteriormente, el 16 de mayo de 2001, se trasladó a la AFP Horizonte S.A., entidad que se fusionó con Porvenir S.A.; que a la fecha de la presentación de la demanda, estaba vinculada a la AFP Colfondos S.A. Destacó que, cuando la AFP Pensiones ING hoy Protección S.A. hizo efectivo su traslado no le prestó una asesoría necesaria, no le informó las consecuencias de tal acto, ni le hizo una comparación entre ambos regímenes, ni le explicó los requisitos necesarios para obtener las prestaciones económicas en el RAIS, ni la forma en que se financiaría su pensión en cada régimen, mucho menos las desventajas de efectuar el cambio y, en general, indicó que el fondo faltó a su deber profesional de información.

Afirmó que, el 24 de enero y el 05 de marzo de 2019, radicó ante Colpensiones y Protección S.A., respectivamente, solicitudes de nulidad de traslado al RIAS y de retorno al RPM.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 115 a 147 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la accionante nació el 09 de marzo de 1968; que el día 27 de agosto de 1991, se afilió al ISS y que había radicado una solicitud de nulidad el 24 de enero de 2019. Respecto de los demás hechos, manifestó no constarle.

Como excepciones de mérito, propuso las de descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para ingresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en institucionales administradoras de seguridad social del orden público, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios ni indemnización moratoria, innominada y genérica.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (f.º 172 a 190 archivo 01 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, admitió que la demandante nació el 09 de marzo de 1968; que ha estado vinculada al Sistema General de Seguridad Social en Pensiones tanto con entidad públicas como privadas. Respecto de los demás hechos, manifestó no constarles o que no eran ciertos.

Como excepciones de mérito, formuló las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS contestó (f.º 5 a 16 archivo 07 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, sólo admitió que a la fecha de la presentación de la demanda, la demandante se encontraba vinculada a Colfondos S.A. Respecto de los demás hechos, manifestó no constarles o que no eran ciertos.

Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, innominada o genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al 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 y pago.

El Juzgado mediante providencia notificada por estrados el 11 de febrero de 2022, ordenó la vinculación de la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, como quiera que después de revisar el certificado SIAFP se había encontrado que la demandante estuvo vinculada a esta entidad.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, contestó (f.º 4 a 46 archivo 17 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 09 de marzo de 1968; que el 25 de octubre de 1994, ella se trasladó al RAIS con la AFP ING Pensiones – hoy Protección S.A. – a través del diligenciamiento del formulario de afiliación; que el 16 de mayo de 2001, se trasladó a la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A.; que los días 24 de enero y 05 de marzo de 2019, la actora había radicado ante Protección S.A. solicitudes de nulidad de afiliación y retorno al RPM. Respecto de los demás hechos, manifestó que no eran ciertos o que no le constaban.

Como excepciones de mérito, propuso las de inexistencia de la obligación y falta de cauda para pedir, buena fe, prescripción, ausencia de responsabilidad atribuible a la demandada, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 02 de noviembre de 2022 (archivo 31 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por:

- *La señora ADRIANA MC'ALLISTER BRAIDY con la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN el 25 de octubre de 1994 contenida en el formulario No. No. 150807.*
- *La señora ADRIANA MC'ALLISTER BRAIDY con la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR el 16 de mayo de 2001 contenida en el formulario No. No. 9771724.*
- *La señora ADRIANA MC'ALLISTER BRAIDY con la AFP COLFONDOS el 25 de septiembre de 2007 contenida en el formulario No. No. 150807.*

SEGUNDO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., a trasladar la totalidad de los valores de la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora ADRIANA MC'ALLISTER BRAIDY dineros que deben incluir los rendimientos que se hubieren generado hasta que se haga efectivo dicho traslado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a COLFONDOS S.A., a devolver a Colpensiones, el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos. Al momento de cumplirse esta orden, para lo cual se le concede al fondo demandado el término de treinta (30) días, contados a partir del auto de obediencia al Superior, deberán presentar un informe debidamente discriminadamente con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes, descuentos objeto de devolución, su indexación y demás información relevante que los justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir sin solución de continuidad como afiliado al Régimen de Prima Media con Prestación Definida al demandante desde su afiliación inicial al ISS.

QUINTO: SE DECLARAN NO PROBADAS las excepciones presentadas por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES, ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PORVENIR S.A. COLFONDOS PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. – COLFONDOS S.A. ADMINISTRADORA DE PENSIONES Y CESANTÍAS – PROTECCIÓN S.A.

SEXTO: SE CONDENA en costas a los fondos demandados y a favor del demandante. Las agencias en derecho se tasan en la suma de 2 SMMLV, al momento del pago, a cargo de cada uno de los fondos.

Para **Fundamentar su decisión**, sostuvo que los Fondos Privados de Pensiones, desde su creación, tenían la obligación de suministrar a los usuarios de los servicios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita a través de elementos de juicio claros y objetivos escoger la mejor opción en el mercado, por lo que no se trataba por tanto de una carrera de los promotores por capturar a los ciudadanos, sin importar las repercusiones que ello pudiera tener en el futuro, conforme lo estableció la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en consonancia con lo previsto en el artículo 33 numeral 1 del artículo Decreto 663 de 1993.

Dijo que, el artículo 1603 del Código Civil consagra el principio de transparencia, interés general y buena fe en la celebración de contratos, el cual implicaba que las partes debían contar con la información suficiente sobre los actos que celebran, máxime tratándose de relaciones contractuales derivadas del Sistema de Seguridad Social. Después de hacer un recuento normativo sobre la evolución del deber de información a cargo de las AFP, señaló que al momento de la afiliación y traslado de régimen pensional que efectuó la demandante en el año 1994, las AFPs debían cumplir con lo previsto en el literal b), del artículo 13, canon 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, disposiciones que establecían la carga de suministrar una información veraz, orientada a la administración y reconocimiento de la seguridad social. Expresó que, la obligación de suministrar la obligación debida no se agotaba únicamente al momento de afiliación, sino durante toda la vinculación, razón por la cual los otros fondos privados que han mantenido la afiliación de la demandante al RIAS también eran garantes del suministro de la información necesaria para que hubiese decidido su permanencia en el RAIS.

Indicó que, las AFPs eran las tenían la carga de acreditar que a la demandante se le había brindado la información suficiente y correcta al momento del traslado del régimen pensional, pues, lo alegado por la actora con relación a la ausencia del cumplimiento del deber de información correspondía a una negación indefinida, la cual debía valorarse bajo la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, que indica este tipo de negaciones no requieren prueba, de manera que a quien le correspondía comprobar el hecho positivo contrario, es decir, la debida asesoría e información, era a las administradoras de fondos privados demandadas. Adicionalmente manifestó que, lo anterior se acompasa con lo previsto en el artículo 1604 del Código Civil; que consiga que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, que en este caso naturalmente era Porvenir S.A.

Al examinar el caso en concreto, consideró que en el expediente constaba que la demandante se afilió al RPM desde el 27 de agosto de 1991, donde cotizó un total de 66,29 semanas; que el 12 de julio de 1994, solicitó trasladó al RAIS con la AFP Colmena hoy Protección S.A.; que, a través de formulario diligenciado el 25 de octubre de 1994, la actora efectuó un traslado horizontal a la AFP Davivir hoy Protección S.A.; que, posteriormente, mediante formulario de afiliación del 16 de mayo de 2001, la demandante se trasladó al Horizonte S.A. – hoy Porvenir S.A.; que la 25 de septiembre de 2007, se trasladó a Colfondos S.A.

Respecto del interrogatorio de parte de la actora, destacó el a quo que ella expuso que inicialmente estuvo vinculada al ISS; que luego se afilió a AFP Colmena debido a que los asesores de ese fondo se desplazaron a las instalaciones de su empleador y le indicaron que el ISS desaparecía; que dada su edad, lo que resultaba más beneficioso

era trasladarse al RAIS y afirmó que los demás traslados horizontales no estuvieron precedidos de asesoría de ningún tipo; que en Colfondos S.A. obtendría una pensión de aproximadamente de \$3.500.000 mientras que en Colpensiones de \$9.000.000

Expuso que, en el expediente no existía prueba distinta del traslado que el formulario de solicitud de afiliación, de manera que no obraba en el plenario ningún medio probatorio que demostrara que al momento de efectuar el cambio de régimen en 1994, y los años siguientes, a la demandante se le hubiera suministrado la información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada respecto a las consecuencias que traería para su futuro pensional la decisión de trasladarse. Precisó que, el formulario de traslado era un verdadero contrato de adhesión que no contenía la información suficiente como para que se pudiera inferir de él que se cumplió con ese deber de carácter legal a cargo de la AFP, por lo que indicó que, no constituye un medio probatorio suficiente para acreditar que a la actora sí se le proporcionó la información adecuada requerida para que ella tomara una decisión que atendiera a sus reales intereses.

En lo que respecta a los presuntos actos de relacionamiento por los traslados horizontales realizados por la demandante, precisó que debía tenerse en cuenta lo conceptuado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL3752-2020, que se revaluaba la totalmente la tesis de los actos de relacionamiento, máxime cuando las demás AFPs ni siquiera allegaban prueba de la debida asesoría en los traslados posteriores, lo que daba cuenta de su proceder negligente y de la necesidad de declarar como ineficaces todos los traslados posteriores al inicial al RAIS.

Acotó que, la afiliación a la AFP quedaría sin efecto, es decir, sería declarada como ineficaz, por lo que se devolvería la situación de la demandante al estado en que estaría si el mentado acto no hubiese existido jamás, por lo que ordenaría igualmente la devolución de la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la demandante y que ello debía incluir la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros que se causen a la entrega del dinero.

Concluyó que, Colpensiones no cumplió con su carga probatoria de acreditar que efectivamente la ineficacia y el retorno de la afiliación de la demandante atentaba contra la sostenibilidad financiera del sistema, dado que con la devolución de los aportes y demás réditos provenientes de las AFPs a las que estuvo afiliada la demandante estaría garantizada la pensión de aquella y, en todo caso, precisó que esta entidad no aportó un cálculo de rentabilidad equivalencia que demostrara tala alegación.

Respecto de la prescripción, indicó que la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable cobijado por el principio de imprescriptibilidad, posición que tiene asidero en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral SL 59174-2019.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación a efectos de que se revoque la decisión. Para tal efecto, manifestó que el Juez no tuvo en cuenta que la declaración de ineficacia del traslado conllevaba consecuencias que afectan el patrimonio de Colpensiones; que si bien era cierto existía un criterio jurisprudencial, el mismo debía analizarse para cada caso particular. Dijo que, se omitió que la demandante no podía exonerarse de su obligación de informarse sobre las consecuencias del cambio régimen, máxime cuando ella no estaba disminuida en su capacidad de celebrar actos y contratos y que, entonces, su proceder había sido negligente, como quiera que tampoco hubiera hecho uso de los mecanismos legales como el retracto y la rescisión. Indicó que, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha establecido que en materia de seguridad social gobiernan los principios de la sostenibilidad financiera, de la solidaridad y de la primacía del intereses general sobre el particular, los cuales fueron transgredidos por el Juez al ordenar a Colpensiones a aceptar una afiliación y a verse en la eventual obligación de reconocer una pensión a una persona que no ha efectuado cotizaciones y cuyo monto de ahorro no alcanzaría para solventar su pensión. Respecto de la condena en costas, señaló que no debía imponerse como quiera que Colpensiones no había tenido intervención en el acto de traslado.

PORVENIR S.A. formuló recurso de reposición a efectos de que se revocara la sentencia de primera instancia, indicando que, si bien existía una línea jurisprudencial sobre la ineficacia del traslado, lo cierto era que en este caso el traslado horizontal efectuado por la demandante a Horizonte hoy Porvenir se dio con apego de lo establecido en la Ley 100 de 1993; que Porvenir S.A. no podía negarse a afiliarse a la demandante y que el Juzgador realizó una apreciación errónea sobre las obligaciones que le eran exigibles a la AFP, como quiera que impuso obligaciones que no estaban vigentes para la fecha del traslado. Argumentó que, la accionante contó con un número plural de oportunidades para obtener la información debida, en razón a que había efectuado múltiples traslados horizontales.

En lo que tiene que ver con reembolso de gastos de administración y de seguros previsionales ordenada por el Juzgado, cuestionó que la AFP por mandato legal debía efectuar estos descuentos, los cuales no hacían parte de la cuenta de ahorro individual y, que, de haber existido el cambio de régimen, los rendimientos financieros derivados de la administración no se hubiesen generado, por lo que, tales gastos debían

descontarse de los mentados rendimientos. Respecto de la indexación, cuestionó que no había lugar a ello, como quiera que los rendimientos generados sobre los ahorros superaban considerablemente la pérdida del valor en el tiempo del dinero.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por la AFP Porvenir y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir S.A. es ineficaz por falta de información, y si, como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a Colpensiones los todos los aportes realizados por la actora en el RAIS.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora Adriana Mc'Allister Braidy nació el día 09 de marzo de 1968 (f° 32, archivo 01 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que estuvo vinculada al RPM con el ISS desde el 27 de agosto de 1991, donde cotizó hasta el 01 de diciembre de 1992, un total de 66,29 semanas (archivo 02 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *iii)* que el 12 de julio de 1994, solicitó ante Colmena hoy Protección S.A. el traslado al RAIS, el cual se hizo efectivo a partir del **01 de noviembre de 1994** (f° 57 – 54 archivo 17, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iv)* que con posterioridad efectuó traslados horizontales así:

- El 15 de mayo de 2001 solicitó el traslado a la AFP Horizonte S.A. hoy Porvenir S.A. a través del diligenciamiento de formulario de afiliación, con fecha de efectividad del 01 de julio de 2001.
- El 25 de septiembre de 2007 solicitó el traslado a Colfondos S.A. a través del diligenciamiento de formulario de afiliación, con fecha de efectividad del 01 de noviembre de 2007

INEFICACIA DEL TRASLADO

La alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral ha sostenido que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión del suministro de información al afiliado por parte de la AFP en el momento del traslado de régimen pensional, debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que, al transgredirse el derecho

a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación, sin perjuicio de que, adicionalmente, la demandante solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que, al tratarse de ineficacia del traslado, el debate debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, esa Corporación ha determinado que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, toda vez que la alegación de no recibir información corresponde a una negación indefinida, que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y, finalmente, explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha indicado que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con*

una simple expresión genérica; **de allí que desde el inicio** haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito» (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, «Estatuto Orgánico del Sistema Financiero», aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «poder tomar decisiones informadas».

La Corte Suprema de Justicia Sala Laboral concluyó, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464-2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ SL2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte

de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad – **01 de noviembre de 1994**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, al haber sido la AFP Porvenir S.A. la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Así las cosas, frente al reparo formulado por Porvenir S.A. según el cual para la fecha en que la demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a la administradora Colmena hoy Protección S.A. suministrar la información con el detalle que se requiere, esta Sala indica que no está llamado a prosperar, pues, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: «*PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.*»

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

Ahora, frente a los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, porque le realizaron una reasesoría, o porque no retorno al RPM, advierte esta sala que no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz

por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo**, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

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

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

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a la devolución de los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos, cuya ausencia de orden de reintegro fue el objeto del recurso formulado por Colpensiones, cabe reseñar que le asiste razón al apoderado, en tanto la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello fue ordenado por el juez de primer nivel únicamente respecto de Colfondos S.A., se deberá Modificar y Adicionar el numeral tercero de la sentencia de primer grado, en el sentido de **ORDENAR** a Porvenir S.A. y a Protección S.A. a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquellas las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que se hubiesen generado durante la afiliación que tuvo la accionante en esas AFPs.

Ahora, no queda duda alguna que dichos valores deben ser indexados, como quiera que, por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta pérdida, de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA

En cuanto a la condena en costas a Colpensiones en primera instancia, cabe mencionar que la misma es procedente, en los términos del numeral 1° del artículo 365

del CGP, como quiera que la misma fue vencida en juicio, además de haber presentado oposición a las pretensiones de la demanda.

Por otro lado, resulta también pertinente indicar que, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en que las costas no son consecuencia de un proceder determinado de las partes, de allí que no interese para su imposición que se haya actuado de buena o mala fe, diligente o negligentemente. Ello por cuanto actuar con probidad y sensatez es un deber que se le exige a toda persona que acude a la justicia a reclamar un derecho, de allí que las costas derivan objetivamente del resultado de un proceso o recurso formulado y, bajo esa lógica, simplemente quien sea vencido deberá asumir su pago (CSJ SL4123-2019).

De esta forma, la condena en costas contiene una obligación procesal que se dirige contra el patrimonio de la parte vencida, y que otorga a favor del vencedor un derecho de reintegro de los gastos procesales en los que se ha visto obligado a incurrir para ejercer su defensa, sin que ello implique que se vean afectados los recursos del sistema general de pensiones de la recurrente, pues la imposición de este gravamen no está con cargo a los recursos con destinación específica provenientes de la seguridad social en pensiones, es decir, recursos del régimen de prima media con prestación definida, sumado al hecho que esta entidad pública cuenta con recursos propios destinados específicamente para atender las contingencias que se deriven de los juicios que se adelanten en su contra.

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y de Porvenir S.A. como quiera que los recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia consultada, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y a la **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.** a trasladar a Colpensiones y esta a su vez a recibir por parte de aquellas las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los gastos de administración, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que se hubiesen generado durante la afiliación que tuvo la accionante en esta AFP.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de Colpensiones y la AFP Porvenir S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

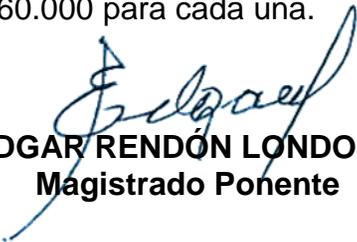

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada
(Aclara voto)


ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y de Porvenir S.A., la suma de \$1.160.000 para cada una.


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

ACLARACIÓN DE VOTO

**PROCESO ORDINARIO LABORAL DE ADRIANA MC'ALLISTER BRAIDY
CONTRA COLPENSIONES Y OTROS (RAD. 07-2019-00290-01)**

M.P. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

Con el debido respeto de mis compañeros de sala, me permito aclarar el voto, pues si bien estoy de acuerdo con la declaratoria de ineficacia del traslado, debo precisar que, al tener cotizaciones la actora al régimen de prima media con prestación definida hasta el 01 de diciembre de 1992, trasladándose al RAIS el 12 de julio de 1994, hay lugar a realizar las respectivas consideraciones respecto a si se trata de una afiliación inicial o no.

Conforme con lo anterior, en el presente asunto ha de tenerse en cuenta que su última cotización en el régimen de prima media con prestación definida lo fue el 01 de diciembre de 1992, sin que se presenten aportes en ese régimen con posterioridad al 1 de abril de 1994, sin embargo, ello no es óbice para mantener la calidad de afiliada al régimen de prima media con prestación definida, siendo su vinculación al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por Colmena, hoy Protección S.A. que tuvo ocurrencia el 12 de julio de 1994, un traslado, conforme pasa a exponerse:

No se desconoce que de conformidad con el artículo 3° del Decreto 692 de 1994, reglamentario de la ley 100 de 1993, se establece que a partir del 01° de abril de 1994 los afiliados al Sistema General de Pensiones “**deberán**” seleccionar uno de los dos regímenes pensionales, bien sea el del régimen solidario de prima media con prestación definida o el régimen de ahorro individual con solidaridad, no obstante, dicha obligación está dirigida a los nuevos afiliados al sistema general de pensiones que entró a regir al 1° de abril de 1994, pues solo a partir de la expedición de la Ley 100 de 1993 coexisten dos regímenes de pensiones excluyentes, deber estatuido también con la finalidad de prevenir casos de multiafiliación.

De esta manera, quienes a partir de la vigencia del nuevo sistema general de pensiones requirieran vincularse al sistema general de pensiones debían escoger entre uno y otro régimen, no pasando lo mismo con quienes antes del 01 de abril de 1994 se encontraban afiliados al otrora ISS, hoy COLPENSIONES, ya que es el mismo Decreto el que establece a renglón seguido en el artículo 4° que seguirán vinculados al régimen de prima media con prestación definida, entre otros “*los trabajadores del sector privado y los afiliados voluntarios que seleccionen el régimen solidario de prima media con*

*prestación definida deberán vincularse al Instituto de los Seguros Sociales, ISS, o **continuar vinculados a éste si ya lo están***", (Negrilla fuera del texto), circunstancia esta última que acontece en el sub examine, pues la actora a pesar de no haber sufragado cotizaciones al ISS con posterioridad al 01 de abril de 1994, venía afiliada al régimen de prima media con prestación definida a través del ISS desde el 27 de agosto de 1991, y de ninguna manera puede considerarse que la falta de cotizaciones le haga perder tal condición, pues ello sería tanto como desconocer su vinculación y cotizaciones al sistema pensional antes de 1994, máxime cuando la afiliación al régimen pensional es única, permanente y vitalicia, pues así lo ha adoctrinado la Corte Suprema de Justicia desde vieja data, en los anteriores términos:

*"La afiliación es la fuente de los derechos y obligaciones de la Seguridad Social, y brinda una pertenencia permanente al Sistema; **se da mediante una primera y única inscripción vitalicia, y en ningún momento la afiliación al Sistema de seguridad social en pensiones se suspende o se pierde porque se dejen de causar cotizaciones o no se paguen éstas**"* (Radicación No 34240 del 21 de octubre de 2008) (Negrilla fuera del texto).

Igualmente, del artículo 11 del Decreto 692 de 1994, se deduce que quienes antes del 01 de abril de 1994 venían afiliados al ISS, Caja, fondo o entidad del sector público no requieren diligenciar nuevamente formulario de afiliación para entenderse incorporados al régimen de prima media con prestación definida, y así se consagra en los siguientes términos:

*"Quienes al 31 de marzo de 1994 **se encuentren vinculados al ISS, pueden continuar en dicho instituto, sin que sea necesario el diligenciamiento del formulario o comunicación en la cual conste su vinculación. Igual tratamiento se aplicará a los servidores públicos que se encuentren afiliados a una caja, fondo o entidad del sector público mientras no se ordene su liquidación. En estos casos, no es aplicable la prohibición de traslado de régimen antes de 3 años a que se refiere el artículo 15 del presente Decreto, y en consecuencia podrán ejercer en cualquier momento la opción de traslado.*** (Negrilla fuera del texto)

De lo anterior, de manera cristalina se logra establecer que la falta de cotizaciones al 1 de abril de 1994 no implica que el afiliado al régimen de prima media con prestación definida pierda la calidad de afiliado a ese régimen, ni tampoco que deba diligenciar un nuevo formulario de afiliación, pues en aquellos eventos, como acaeció en el sub examine, venía afiliada al ISS desde el 27 de agosto de 1991, y sin necesidad de nuevo formulario o afiliación al ISS, se trasladó de régimen pensional el 12 de julio de 1994 a la AFP Colmena, hoy PROTECCIÓN S.A.

De igual manera, valga la pena traer a colación lo discurrido en sentencia SL1419-2018, en la que la Corte le ha dado vocación de permanencia a la afiliación al sistema pensional, independiente de si se sufragaron o no cotizaciones y cuya afiliación data de antes de abril de 1994, veamos:

"Por lo anterior, debía dársele el trato de un afiliado inactivo, de acuerdo con lo establecido en el artículo 13 del Decreto 692 de 1992, según el cual la afiliación al sistema de pensiones tiene un carácter permanente y «...no se pierde por haber dejado de cotizar durante uno o varios períodos, pero podrá pasar a la categoría de afiliados inactivos, cuando tenga más de seis meses de no pago de cotizaciones.» Así también lo ha reconocido esta sala de la Corte en sentencias como la CSJ SL2138-2016, CSJ SL9288-2017 y CSJ SL738-20108, entre muchas otras, en las

que ha recalcado que la afiliación al sistema de pensiones es libre y voluntaria, además de que tiene naturalmente una vocación de permanencia.

(...)

En ese sentido, por el simple hecho de no haberse inscrito en otro régimen de pensiones y haber permanecido como afiliado inactivo en la demandada, el actor debía entenderse inscrito de manera necesaria en el régimen de prima media con prestación definida”.

De esta manera, la afiliación al régimen pensional es única y vitalicia, y no se pierde o suspende por falta de cotizaciones, motivo por el cual, quienes a 1° de abril de 1994 venga afiliados al régimen de prima media con prestación definida, independientemente de que tengan o no cotizaciones con posterioridad al citado régimen de prima media, y se afilian al RAIS, realizan un traslado de régimen pensional, y en ese orden sí es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado.

En los anteriores términos dejo plasmada mi aclaración de voto.



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada

República de Colombia



Libertad y Orden

Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310500720210037201
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	BLANCA LEONOR BAUTISTA ANTOLÍNEZ
DEMANDADO	<ul style="list-style-type: none"> - ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. - SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.

En Bogotá D. C. a los veinte (20) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

La señora **Blanca Leonor Bautista Antolínez** pretende que se **declare** la ineficacia de la afiliación y del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM) al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado a Porvenir S.A., así como de los traslados horizontales posteriores, por el incumplimiento al deber de información en el que incurrieron las AFPs; que se declare que fue inducida en error grave por parte de Porvenir S.A., de Protección S.A. y de Skandia S.A. por haber omitido ponerle en conocimiento las implicaciones del traslado. Como consecuencia de lo anterior, que se condene a cada AFP a comunicar a Colpensiones sobre la ineficacia de su afiliación; que se condene a Skandia a trasladar a Colpensiones la totalidad de sus aportes, junto con los rendimientos generados; que se condene a las demandadas a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f ° 1 a 17 archivo 01, carpeta 1ª inst. exp. digital) señaló en síntesis, que nació 20 de febrero de 1968; que cotizó al ISS hoy Colpensiones desde el 02 de julio de 1991, hasta el 17 de agosto de 1995, sumado un total de 192,14 semanas; que el 01 de noviembre de 1997, ella atendió solicitud de traslado del RPM al RAIS administrado por Porvenir S.A.; que la persona que le prestó asesoría al momento del traslado, no le entregó la información necesaria para conocer las ventajas, desventajas de ambos regímenes, no le informó las consecuencias de tal acto, ni le hizo una comparación entre los regímenes, no le explicó los requisitos necesarios para obtener las prestaciones económicas en el RAIS, ni le efectuó proyecciones pensionales. Destacó que, el 01 de febrero del 2000, se trasladó a la AFP Protección S.A. motivada por la información entregada por su promotor que consistía en que en ese fondo privado obtendría más beneficios, entre ellos, una mesada pensional más alta; que, en agosto de 2003 regresó a Porvenir S.A. debido a que el asesor de esta entidad le indicó que ofrecía mayores rendimientos; que, en septiembre de 2020, se trasladó a Skandia ante la promesa de mayores rendimientos y una mejor pensión y que, a la fecha de la presentación de la demanda contaba con 1.310,41 semanas cotizadas.

Afirmó que, radicó peticiones ante Porvenir S.A., Protección S.A. y Skandia S.A. requiriendo las constancias de las asesorías suministradas al momento de su afiliación; que todas las entidades le indicaron que las asesorías se habían efectuado de manera verbal por lo que no existía soporte documental y que, Skandia S.A. le entregó una proyección pensional en la que le indicaba que en la modalidad de retiro programado tendría una mesada de \$2.618.000 y que en la de aportes futuros con fidelidad la mesada sería de \$2.938.000. Indicó que, radicó ante Colpensiones y Skandia solicitud de declaratoria de nulidad del traslado al RAIS y retorno al RPM, las cuales fueron despachadas de forma desfavorable por ambas entidades; que luego de efectuar la liquidación de su mesada en el RPM la misma ascendería a \$8.388.830.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (f.º 3 a 49 archivo 21 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la accionante nació el 20 de febrero de 1968; que cotizó al ISS hoy Colpensiones entre el 02 de julio de 1991 y el 17 de agosto de 1995, un total de 192,14 semanas; que en el RPM la actora se pensionaría con 57 años y 1.300 semanas cotizadas, que mediante oficio del 21 de mayo de 2021, la demandante había solicitado a

Colpensiones declarar la nulidad del traslado y que ello había contestado de manera negativa por esta entidad. Respecto de los demás hechos indicó no constarles.

Como excepciones de mérito, propuso las de errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, inexistencia del derecho para regresar al régimen de prima media con prestación definida, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público e innominada o genérica.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó (f.º 3 a 39 archivo 20 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, admitió que la demandante nació el 20 de febrero de 1968; que la misma había presentado solicitud de entrega de constancias de la asesoría efectuada al momento del traslado el día 14 de abril de 2021, requerimiento que fue contestado el 06 de mayo de 2021; que el 21 de mayo de 2021, la actora presentó ante Porvenir S.A. solicitud de ineficacia del traslado al RAIS; que la misma fue contestada de manera negativa debido a que no era procedente; que la eficiencia era un principio rector del Sistema de Seguridad Social en Pensión.

Como excepciones de mérito, formuló las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

La **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍA PROTECCIÓN S.A.**, contestó (f.º 3 a 31 archivo 19 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 20 de febrero de 1968; que se trasladó a Colmena S.A. hoy Protección S.A. el 28 de enero de 2000, la cual estuvo vigente hasta julio de 2003, cotizando 143,28 semanas; que la actora presentó solicitud ante esta entidad requiriendo información sobre la asesoría brindada al momento del traslado; que la misma había sido contestada el 28 de abril de 2021; que la eficiencia era un principio rector del Sistema de Seguridad Social en Pensión. Respecto de los demás hechos, indicó que no le constaban o que no eran ciertos.

Como excepciones de mérito, propuso las 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, traslado de aportes a la AFP Porvenir, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP, inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe y la innominada o genérica.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. contestó (f.º 3 a 53 archivo 19 carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante nació el 20 de febrero de 1968; que al 27 de abril de 2021, contaba con un total de 1.310,41 semanas cotizadas en el sistema general de pensiones, que había elevado petición requiriendo las constancias de la asesoría brindada y la proyección pensional; que Skandia S.A. le entregó una proyección pensional en la que le indicaba que en la modalidad de retiro programado tendría una mesada de \$2.618.000; que en la de aportes futuros con fidelidad su mesada sería de \$2.938.000; que posteriormente, la actora le presentó escrito encaminado a que se declarara la ineficacia de su afiliación al RAIS y se le retornara a Colpensiones. Respecto de los demás hechos, indicó que no le constaban o que no eran ciertos.

Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 20 de octubre de 2022 (archivo 40 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia de la afiliación y traslado realizado por la señora demandante BLANCA LEONOR BAUTISTA ANTOLÍNEZ, con la AFP PROTECCIÓN el 28 de septiembre de 1995 contenido en el formulario número 0251158; con la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR el 14 de noviembre de 1997 contenido en el formulario número 24214; con la AFP COLMENA hoy PROTECCIÓN el 28 de enero del 2000 contenido en el formulario número 61816590; con la AFP PORVENIR el 02 de julio del 2003 contenido en el formulario número 01882123 y con AFP SKANDIA el 12 de julio de 2020 contenido en el formulario número 0069138

SEGUNDO: ORDENAR a SKANDIA a trasladar la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que es titular la señora demandante BLANCA LEONOR BAUTISTA ANTOLÍNEZ dinero que debe incluir el capital ahorrado y todos

los rendimientos que se generen hasta que se haga efectivo dicho traslado al régimen de prima media con prestación definida administrado por COLPENSIONES.

TERCERO: ORDENAR a los fondos demandados PORVENIR, PROTECCIÓN y SKANDIA a devolver a COLPENSIONES todos los descuentos realizados de los aportes pensionales de la demandante en los lapsos de tiempo que la demandante estuvo afiliada a cada uno de ellos, desde el año 1995, correspondientes a gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y al porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos al momento de cumplirse esta orden judicial, para lo cual se le concede a los fondos privados en término de 30 días contados a partir de la ejecutoria del auto de obediencia al superior y deberán presentar un informe al juzgado discriminando de manera pormenorizada todos los valores objeto de devolución, en punto con el detalle de los ciclos, ingreso base de cotización, aportes, descuentos de aportes pensionales que se le devuelven, su correspondiente indexación y toda la información relevante que lo justifiquen y que prevengan controversias posteriores a la ejecutoria de esta sentencia.

CUARTO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir su solución de continuidad como su afiliada al régimen de prima media con prestación definida la señora demandante desde su afiliación inicial al instituto de seguros sociales en 1991.

QUINTO: dadas las resultas del proceso se declaran no probadas las excepciones propuestas por COLPENSIONES, PORVENIR, PROTECCIÓN y SKANDIA.

SEXTO: Las costas procesales son a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR, PROTECCIÓN y SKANDIA y las agencias en derechos se tasan a favor de la demandante en 2 salarios mínimos legales mensuales vigentes a la fecha del pago a cargo de cada fondo demandado.

Para **Fundamentar su decisión** sostuvo que los Fondos Privados de Pensiones, desde su creación, tenían la obligación de suministrar a los usuarios de los servicios la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita a través de elementos de juicio claros y objetivos escoger la mejor opción en el mercado, por lo que no se trataba por tanto de una carrera de los promotores por capturar a los ciudadanos, sin importar las repercusiones que ello pudiera tener en el futuro, conforme lo estableció la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral, en consonancia con lo previsto en el artículo 33 numeral 1 del artículo Decreto 663 de 1993.

Determinó que, el artículo 1603 del Código Civil consagra el principio de transparencia, interés general y buena fe en la celebración de contratos, el cual implicaba que las partes debían contar con la información suficiente sobre los actos que celebran, máxime tratándose de relaciones contractuales derivadas del Sistema de Seguridad Social. Afirmó, después de hacer un recuento normativo sobre la evolución del deber de información a cargo de las AFP, que al momento de la afiliación y traslado de régimen pensional que efectuó la demandante en el año 1994, las AFPs debían cumplir con lo previsto en el artículo 13 literal b), artículo 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, disposiciones que establecían la carga de suministrar una información

veraz, orientada a la administración y reconocimiento de la seguridad social. Destacó además que la obligación de suministrar la obligación debida no se agotaba únicamente al momento de afiliación, sino durante toda la vinculación, razón por la cual los otros fondos privados que han mantenido la afiliación de la demandante al RIAS también eran garantes del suministro de la información necesaria para que hubiese decidido su permanencia en el RAIS.

Indicó que, las AFPs eran las tenían la carga de acreditar que a la demandante se le había brindado la información suficiente y correcta al momento del traslado del régimen pensional, pues, lo alegado por la actora con relación a la ausencia del cumplimiento del deber de información correspondía a una negación indefinida, la cual debía valorarse bajo la literalidad del artículo 167 del Código General del Proceso, que indica este tipo de negaciones no requieren prueba, de manera que a quien le correspondía comprobar el hecho positivo contrario, es decir, la debida asesoría e información, era a las administradoras de fondos privados demandadas. Adicionalmente manifestó que, lo anterior se acompasa con lo previsto en el artículo 1604 del Código Civil; que consiga que la prueba de la diligencia o cuidado incumbe al que ha debido emplearlo, que en este caso naturalmente eran Protección S.A., Porvenir S.A. y Skandia S.A.

Al examinar el caso en concreto determinó que, en el expediente constaba que la demandante se afilió al RPM desde en el año 1991, donde cotizó un total de 198,57 semanas; que el 28 de septiembre de 1995, solicitó trasladó al RAIS con la AFP Protección S.A.; que a través de formulario diligenciado el 14 de noviembre de 1997, la actora efectuó un traslado horizontal a la AFP Colpatria hoy Porvenir S.A.; que posteriormente, mediante formulario de afiliación del 28 de enero del 2000, la demandante se trasladó a Colmena S.A. – hoy Protección S.A.; que el 02 de julio de 2003, se trasladó a Porvenir S.A.; que mediante formulario de afiliación del 02 de julio de 2020, la demandante se trasladó a Skandia S.A.

Respecto del interrogatorio de parte de la actora, dijo que ella expuso que empezó a trabajar en el año 1992; que en ese momento se vinculó al ISS; que en el año 1995, en las instalaciones de su empleador, escuchó una charla sobre los beneficios de fondo privado en la que indicaban que el ISS iba a terminar; que fue por ello que decidió trasladarse a Protección S.A.; que posteriormente, en 1997, se afilió a la AFP Colpatria por cambio de la compañía empleadora; que en ese momento, el asesor le manifestó que esa entidad ofrecía mejores rentabilidades; que en el 2000, se afilió a la AFP Colmena, por cambio de empleador y por facilidad debido a que todos

sus compañeros de trabajo estaban vinculados ese fondo; que en el 2003, se afilió a la AFP Porvenir, debido a que el asesor le indicó que tendría una mejor rentabilidad y, finalmente; que en el 2020, se afilió a Skandia por la misma promesa de mayores rendimientos. Expuso que, la demandante mencionó que ninguna de las AFPs hizo reasesoría ni le indicaron cuál era la fecha límite para devolverse al RPM, que, un año y medio antes de radicar la demanda Skandia le indicó que su mesada pensional sería aproximadamente de \$2.600.000, mientras que un abogado le indicó que en RPM su mesada sería de \$8.400.000.

Manifestó que, en el expediente no existía prueba distinta del traslado que el formulario de solicitud de afiliación, de manera que no obraba en el plenario ningún medio probatorio que demostrara que al momento de efectuar el cambio de régimen en 1994, y los años siguientes, a la demandante se le hubiera suministrado la información veraz, clara, precisa, comprensible y detallada respecto a las consecuencias que traería para su futuro pensional la decisión de trasladarse. Preciso que, el formulario de traslado era un verdadero contrato de adhesión que no contenía la información suficiente como para que se pudiera inferir de él que se cumplió con ese deber de carácter legal a cargo de la AFP, por ello, indicó que no constituye un medio probatorio suficiente para acreditar que a la demandante sí se le proporcionó la información adecuada requerida para que ella tomara una decisión que atendiera a sus reales intereses.

En lo que respecta a los presuntos actos de relacionamiento por los traslados horizontales realizados por la demandante, precisó que era evidente la actora desde 1995, hizo cuatro traslados horizontales a los fondos privados; que al analizar el caso particular, se concluía que no podían tenerse como actos de relacionamiento en el sentido en que no se evidenciaba que se hubiese superado la omisión de información inicial, pues ninguno de los fondos privados a los que se afilió acreditó que efectivamente de manera oportuna le hubiesen suministrado algún tipo de reasesoría a la actora.

Sostuvo que, las afiliaciones a las AFPs quedarían sin efecto, es decir, serían declaradas como ineficaces, por lo que se debería devolvería la situación de la demandante al estado en que estaría si los actos de traslado no hubiese existido jamás, de manera que ordenaría igualmente la devolución de la totalidad de los valores depositados en la cuenta de ahorro individual de la que era titular la demandante y que ello debía incluir la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros que se causen a la entrega del dinero.

Concluyó que, Colpensiones no cumplió con su carga probatoria de acreditar que efectivamente la ineficacia y el retorno de la afiliación de la demandante atentaba contra la sostenibilidad financiera del sistema, dado que con la devolución de los aportes y demás réditos provenientes de las AFPs a las que estuvo afiliada la demandante estaría garantizada la pensión de aquella y, en todo caso, precisó que esta entidad no aportó un cálculo de rentabilidad equivalencia que demostrara tala alegación.

Respecto de la prescripción indicó que, la seguridad social es un derecho de carácter irrenunciable cobijado por el principio de imprescriptibilidad, posición que tiene asidero en la sentencia de la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral SL 59174 del 2019.

RECURSO DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación a efectos de que se revoque la decisión. Para tal efecto, manifestó que el Juez no tuvo en cuenta el principio de la relatividad jurídica, en virtud del cual los actos celebrados entre partes sólo tienen efectos y las vinculan a ellas como sujetos que intervinieron y que, en ese sentido, el acto jurídico del traslado de régimen solo puede tener efectos Inter partes y no puede perjudicar a Colpensiones. Afirmó que la decisión del Juez afectaba gravemente el equilibrio financiero del sistema de seguridad social en pensiones y la sostenibilidad fiscal de Colpensiones, debido a que debería asumir prestaciones económicas de una afiliada que hacía más de 20 años no realizaba aportes al RPM.

SKANDIA S.A. interpuso recurso de apelación a efectos de que se revoque la decisión de primera instancia en su integridad, argumentado que no se avizoraba una falta al deber de información, que, además el Despacho había realizado un estudio anacrónico del caso toda vez que pretendía exigir a las AFPs vinculadas al interior del presente proceso información en unos términos que no estaban vigentes para la época de los traslados; que esa entidad no tuvo algún tipo de injerencia en el traslado original y que, además, estaba en la obligación legal de aceptar la vinculación y traslado de la demandante.

Respecto de los gastos de administración indicó que no debían retornarse como quiera que no hacían parte de la cuenta de ahorro de la demandante y correspondían a una contraprestación por los rendimientos que tuvo su cuenta, máxime cuando tales

deducciones estaban autorizadas por la Ley y en lo que respecta a los seguros previsionales, afirmó que las coberturas se dieron por las sociedades aseguradoras, que son entidades ajenas a Skandia, por lo que no era procedente que esta efectuara devoluciones de dineros que no administró. Indicó también que la indexación no era procedente, como quiera que la eventual devaluación de la moneda quedaba superada con los rendimientos generados por la debida administración de la cuenta de la demandante; que respecto de las prestaciones económicas cuyo reembolso se ordena sí opera la prescripción de tres años y que debe ser declarada por el Tribunal.

PORVENIR S.A. interpuso recurso de apelación a efectos de que se revoque la decisión de primera instancia en su integridad, argumentado el a quo no tuvo en cuenta que el traslado se realizó la actora data de 1995, por lo que había ocurrido en la primera fase del deber de información, en la que solo se exigía como prueba de la validez de este el diligenciamiento libre y voluntario del formulario de afiliación. Argumentó también que la demandante se había trasladado más de 4 veces entre administradoras del RAIS lo que daba cuenta de su intención inequívoca de pertenecer a ese régimen.

Indicó que, de mantenerse la decisión de declaratoria de ineficacia, no debían retornarse a Colpensiones los gastos de administración pues no hacían parte de la cuenta de ahorro de la demandante y correspondían a una contraprestación por los rendimientos que tuvo su ahorro y en lo que respecta a los seguros previsionales, lo cierto era que las coberturas se dieron por lo que no era procedente la devolución, máxime cuando estas entidades eran terceros de buena fe.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por las AFPs Porvenir S.A., Skandia S.A. y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de esta última entidad en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Protección S.A. es ineficaz por falta de información, y si, como consecuencia de ello, hay lugar a declarar la ineficacia de los traslados horizontales en el RAIS y de ordenar a las AFPs retornar a

Colpensiones los todos los aportes realizados por la actora en el RAIS, junto con los gastos de administración y demás deducciones.

En el presente asunto no son materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora Blanca Leonor Bautista nació el día 20 de febrero de 1968 (f° 1, archivo 03 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que estuvo vinculada al RPM con el ISS desde el 02 de julio de 1991, donde cotizó hasta el 31 de octubre de 1995, un total de 198,57 semanas (f° 1 archivo 23 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *iii)* que el 28 de septiembre de 1995, solicitó ante Protección S.A. el traslado al RAIS, el cual se hizo efectivo a partir del **01 de octubre de 1995** (f° 43 – 44 archivo 19, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iv)* que con posterioridad efectuó traslados horizontales así:

- El 14 de noviembre de 1997 solicitó el traslado a la AFP Colpatria S.A. hoy Porvenir S.A. a través del diligenciamiento de formulario de afiliación, con fecha de efectividad del 01 de enero de 1998.
- El 28 de enero de 2000 solicitó el traslado a la AFP Colmena hoy Protección S.A. a través del diligenciamiento de formulario de afiliación, con fecha de efectividad del 01 de marzo de 2000
- El 02 de julio de 2003 solicitó el traslado a Porvenir S.A. a través del diligenciamiento de formulario de afiliación, con fecha de efectividad del 01 de septiembre de 2003
- El 02 de julio de 2020 solicitó el traslado a Skandia S.A. a través del diligenciamiento de formulario de afiliación, con fecha de efectividad del 01 de septiembre de 2020

INEFICACIA DEL TRASLADO

La alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral ha sostenido que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión del suministro de información al afiliado por parte de la AFP en el momento del traslado de régimen pensional, debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que, al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación, sin perjuicio de que, adicionalmente, la demandante solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que, al tratarse de ineficacia del traslado, el debate debe centrarse en

establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, esa Corporación ha determinado que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es un despropósito, toda vez que la alegación de no recibir información corresponde a una negación indefinida, que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y, finalmente, explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en desfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha indicado que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP

desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de «*suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado*», haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, «*Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones*», en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas*».

La Corte Suprema de Justicia Sala Laboral concluyó, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses. Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL1055-2022, en la que se expuso:

Pues bien, es menester recordar que la Corte ha precisado de manera pacífica y reiterada que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones, se estableció en cabeza de las AFP el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados en forma clara, precisa y oportuna acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ: SL12136-2014, SL17595-2017, SL19447-2017, SL1452-2019, SL1688-2019, SL1689-2019, SL3464- 2019, SL4360-2019, SL2611-2020 y SL4806-2020).

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad – **01 de octubre de 1995**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, al haber sido la AFP Protección S.A. la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Así las cosas, frente al reparo formulado por Porvenir S.A. y por Skandia S.A. según el cual para la fecha en que la demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a la administradora Protección S.A. suministrar la información con el detalle que se requiere, esta Sala indica que no está llamado a prosperar, pues, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: «*PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.*»

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales del accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena validez al traslado, porque la *«[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado»* (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

Ahora, frente a los actos u omisiones posteriores del afiliado, bien sea porque se trasladó entre fondos privados, porque le realizaron una reasesoría, o porque no retorno al RPM, advierte esta sala que no pueden validar el desacato legal que genera la ineficacia del acto jurídico del traslado de régimen, precisamente porque al ser posteriores dejan intactos los hechos u omisiones que anteceden al acto jurídico ineficaz, el cual no puede sanearse como la nulidad.

En consonancia con lo antes señalado, debe resaltar la Sala que, desde la sentencia CSJ SL, 9 sep. 2008, rad. 31989, se ha sostenido que, una vez acreditada la ineficacia del traslado al régimen de ahorro individual, el acto jurídico no se torna en eficaz por los cambios que los afiliados hagan entre administradoras privadas o **porque no hayan expresado inconformidad alguna con el sistema habiendo permanecido en el mismo**, lo que ha sido reiterado entre otras en las providencias CSJ SL2877-2020, CSJ SL1942-2021, CSJ SL1949-2021 y CSJ SL1623-2022.

Tampoco podría sostenerse que al haber realizado el afiliado traslados horizontales de un fondo de pensiones a otro, dentro del mismo régimen –actos de relacionamiento-, conocía a cabalidad las características del RAIS y demuestra su voluntad de permanecer en él, toda vez que lo que se debe verificar en estos eventos, es si al momento de surtirse el cambio inicial de régimen pensional de prima media al RAIS, al asegurado le fue dada la información suficiente para tomar la decisión de traslado, pues si ello no ocurrió, los actos posteriores no conducen a convalidar tal irregularidad. Así se ha dicho por la Sala de Casación de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la sentencia CSJ SL1055-2022, que en lo pertinente dijo:

Precisamente en este punto la Corte advierte que la opositora Old Mutual S.A. sugiere que la afiliación entre regímenes privados es un acto de relacionamiento que implica su voluntad de permanecer al RAIS. Si bien el Tribunal no acudió expresamente a este argumento, lo cierto es que destacó que el afiliado tuvo la oportunidad de trasladarse en el periodo de gracia que estableció la Ley 797 de 2003 para retornar a Colpensiones y no lo hizo, lo que a su juicio ratificaba su voluntad de continuar en el RAIS.

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

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

Justamente lo anterior explica que la acción para demandar estos asuntos no sea la de nulidad -como también lo sugieren de forma equivocada aquellas providencias- sino la de ineficacia, en la cual, se reitera, lo relevante es determinar, sin más agregados, si la persona al momento de suscribir el acto de traslado de régimen pensional ha sido debidamente informada sobre las ventajas, desventajas y consecuencias de su traslado y permanencia en el RAIS.

Por tanto, nuevamente se enfatiza que este es el precedente vigente y en vigor de la Sala de Casación Laboral de esta Corte, y recoge cualquier otro que le sea contrario, en especial el condensado en aquellas providencias.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que las administradoras de pensiones, no cumplieron con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ellas les correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a la devolución de los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos, cuya ausencia de orden de reintegro fue el objeto del recurso formulado por Colpensiones, cabe reseñar que le asiste razón al apoderado, en tanto la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima

media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

“Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello fue ordenado por el juez de primer nivel se deberá confirmar la sentencia de primer grado en su integridad.

Ahora, no queda duda alguna que dichos valores deben ser indexados, como quiera que, por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta pérdida, de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación, por lo que tampoco es de recibo el reparo que efectuó en ese sentido Skandia S.A.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propusieron las demandadas, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Por otro lado, tenemos que ni los gastos de administración ni los valores por concepto de primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia son objeto del fenómeno prescriptivo, habida cuenta de que estos recursos contribuyen con la financiación y construcción de un derecho pensional e integran un fondo común de naturaleza pública que garantiza no solo el pago de las eventuales prestaciones a las que pudiera tener derecho la aquí demandante, sino, el de todos los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, con lo que se despacha desfavorablemente el recurso que en ese sentido presentó Skandia S.A.

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió adelante.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones, de Porvenir S.A. y de Skandia S.A. como quiera que los recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia emitida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, el 20 de octubre de 2022, conforme a lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**

y de **SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** Se fijan como agencias en derecho la suma de \$1.160.000 para cada una.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones, Skandia S.A. y de Porvenir S.A., la suma de \$1.160.000 para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	11001310500820210008301
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	PATRICIA DEL CARMEN HERRERA ACOSTA
DEMANDADO	- ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES - SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.

En Bogotá D. C. a los veinte (20) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **Patricia del Carmen Herrera Acosta** se **declare** la nulidad de la afiliación y del traslado del régimen de prima media con prestación definida (en adelante RPM), al de ahorro individual con solidaridad (en adelante RAIS) realizado el 01 de julio de 1997, a la AFP **Porvenir S.A.** Como consecuencia de lo anterior, se le **condene**, a retornar al APM administrado por Colpensiones todos los valores que hubiese recibido con ocasión de su afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos los frutos e intereses, con los rendimientos que hubieren causado; que se ordene a Colpensiones a recibirla como afiliada; que se **condene** a las demandadas a lo que resulte probado ultra y extra petita, a las costas y agencias en derecho.

Como hechos fundamento de las pretensiones (archivo 04, carpeta 1ª inst. exp. digital), señaló en síntesis, que desde el 01 de octubre de 1986, al 30 de junio de 1997, estuvo afiliada al ISS, cotizando un total de 538 semanas; que para julio de 1997, los asesores de Porvenir S.A. acudieron a su lugar de trabajo, quienes le aseguraron que el ISS se liquidaría; que podría perder sus aportes; que de afiliarse a Porvenir S.A. su dinero

estaría seguro, obtendría mayores rendimientos, podría pensionarse en el momento que deseara, por lo que procedió a trasladarse al RAIS administrado por la mentada AFP; que al junio de 2020, contaba con un total de 1430 semanas cotizadas en el Sistema General de Seguridad Social.

Dijo que, los días 29 de abril y 08 de julio de 2020, radicó derechos de petición ante Colpensiones y Porvenir, respectivamente, solicitando que se declarara la nulidad de su afiliación al RAIS y se le retornara al RPM, ante lo cual ambas entidades contestaron de manera negativa. Indicó que, Porvenir S.A. le efectuó una simulación pensional que arrojaba como mesada pensional para el momento en que cumpliera 57 años, la suma de \$1.887.400 mientras que en el RPM con Colpensiones sería de \$4.745.550.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

COLPENSIONES contestó (archivo 06, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que la demandante estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones desde el 01 de octubre de 1986, al 30 de junio de 1997, cotizando un total de 538 semanas, que el 29 de abril de 2020, esta radicó derecho de petición solicitando que se declarara la nulidad de su afiliación al RAIS y se le retornara al RPM, ante lo cual esta entidad contestó de manera negativa. Respecto de los demás hechos indicó que no le constaban. Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción y caducidad, declaratoria de otras excepciones e inexistencia de la obligación y del derecho por falta de causa y título para pedir.

Por su parte, la AFP **PORVENIR S.A.**, contestó (f°2 - 20 archivo 08, carpeta 1ª inst. exp. digital), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, aceptó que 01 de julio de 1997, la actora se trasladó a Porvenir S.A. a través del diligenciamiento de un formulario de afiliación. Indicó que era cierto que el 08 de julio de 2020, esta radicó derecho de petición ante Porvenir S.A. solicitando que se declarara la nulidad de su afiliación al RAIS y se le retornara al RPM, ante lo cual esta entidad contestó de manera negativa, así como que la mentada AFP entregó proyección pensional a la actora e la que se indicaba que su mesada para la fecha en que alcanzara los 57 años sería de \$1.887.400.

Como excepciones de mérito, propuso las de prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 20 de octubre de 2022 (archivo 15 carpeta 1ª inst. exp. digital), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado del régimen pensional de la señora PATRICIA DEL CARMEN HERRERA ACOSTA, realizado de régimen de prima media al RAIS acaecido el día 01 de julio de 1997 mediante su afiliación a PORVENIR, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES admitir el traslado de régimen pensional de la señora PATRICIA DEL CARMEN HERRERA ACOSTA conforme a lo señalado.

TERCERO: CONDENAR a la demandada PORVENIR a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiera recibido por motivo de la afiliación de la señora PATRICIA DEL CARMEN HERRERA ACOSTA tales como cotizaciones, bonos, pensionales, costos cobrados por administración debidamente indexados y sumas adicionales con los respectivos intereses de conformidad con las previsiones del artículo 1746 del Código Civil, aplicable por remisión analógica en materia laboral, esto junto con los rendimientos que se hubieren causado.

CUARTO: CONDENAR a COLPENSIONES a aceptar todos los valores que devuelva PORVENIR que reposaban en la cuenta de ahorro individual del demandante y efectuar todos los ajustes en la historia pensional de la actora

QUINTO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandada PORVENIR liquidarse por Secretaría, fijando agencias en derecho en la suma de un millón de pesos.

Para Fundamentar su decisión, sostuvo que en este caso estaba demostrado que la demandante nació el día el 29 de octubre de 1963, de manera que, para el año 2020, cumplió los 57 años; que en ese año la actora solicitó a Porvenir S.A. y a Colpensiones el traslado de régimen, pero ya había fenecido la oportunidad señalada en la Ley 797 de 2003, para retornar al RPM; que la demandante tampoco se encontraba amparada por la excepción contemplada en la sentencia C-789 de 2002, debido a que a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993, no contaba con 15 o más años de servicio, razón por lo que, era procedente abordar el estudio de la eficacia o no de la afiliación al RAIS.

Señaló que, el deber de información se estableció desde la misma creación de los fondos privados y que su incumplimiento constituía un atentando contra los derechos de los trabajadores, debido a que ello impedía que pudiesen seleccionar de manera consciente la entidad a la cual desearan pertenecer. Destacó que la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, en múltiples sentencias, SL12316 – 2014 y SL4360-2019, ha establecido que las AFPs tienen la obligación de suministrar a los afiliados la información completa y suficiente antes del traslado, lo cual debía incluir una ilustración sobre las condiciones de su derecho pensional en uno y otro régimen, las características de cada uno y la incidencia que tales aspectos pudiesen tener en su situación pensional;

que solo de este modo el traslado podría ser válido, pues así estaría precedido de un consentimiento informado.

Resaltó que, de acuerdo con las sentencias proferidas por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia y lo dispuesto en el Decreto 663 de 1993, la carga de la prueba le correspondía a la AFP y, por tanto, a esta le correspondía demostrar que al momento del traslado, a la demandante se había brindado información clara y suficiente, que le permitiera conocer los requisitos de acceso al derecho pensional en uno u otro régimen pensionales y su incidencia. Manifestó que, al proceso no fueron aportados medios de convicción tendientes a demostrar que, a la demandante al momento del traslado, es decir, para el 01 de julio de 1997, se le hubiese brindado la correspondiente información, debido a que, si bien fue aportado formulario de afiliación, este no podía ser tomado como prueba del consentimiento informado de la actora, pues así había sido planteado por la Corte Suprema de Justicia, en el sentido de establecer que tal documento sólo demuestra la manifestación libre exenta de vicios, mas no que se hubiese cumplido con el deber de información que le asistía a la AFP.

Por lo expuesto, declaró la ineficacia del traslado realizado por la demandante de RPM al RAIS administrado por Porvenir S.A. y, como consecuencia de ello, dispuso la devolución de cotizaciones, bonos pensionales, gastos de administración debidamente indexados, sumas adicionales como frutos o intereses conforme lo dispuesto en el art. 1746 del Código Civil.

Frente a la excepción de prescripción, señaló que, la declaración de ineficacia del traslado no está sometida al termino trienal, por corresponder a un asunto que está estrechamente ligado a la construcción de un derecho pensional.

RECURSO DE APELACIÓN

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** formuló recurso de apelación, con la finalidad que revocara en su integridad la sentencia, argumentado que si bien era cierto que existía una línea jurisprudencial sobre la ineficacia de los actos del traslado por las faltas al deber de información, la Corte ha aclarado que la aplicación de esa línea debía atender a las condiciones de cada caso; que en el caso bajo análisis no era posible aplicarla como quiera que la que demandante se afilió de manera libre, voluntaria e informada, con sustento en las cargas impuestas a las AFP para el año 1997. Indicó que, el Juez no tuvo en cuenta que la demandante había confesado recibir por parte del asesor de Porvenir S.A. una asesoría de más de una hora, en la que le indicaron la forma en que se financiaría su pensión, la posibilidad de pensionarse de manera anticipada y la existencia

de unos rendimientos, que incluso podían ser negativos; que se debía tener en cuenta que la demandante tuvo una vinculación con la entidad por espacio de 20 años, sin que hubiese presentado reclamación alguna o haya manifestado su intención de retornar al RPM.

Respeto a la devolución de los dineros, sostuvo que, al declararse la ineficacia del traslado, deben retornarse las cosas a su estado natural y al ser ello así, el traslado inicial no incluía gastos de administración, debido a que en el RPM no se generan rendimientos. Igualmente, respecto de la indexación indicó que no era procedente, debido a que los rendimientos obtenidos para la cuenta de la demandante superaban la devaluación del dinero en el tiempo. Sobre los seguros previsionales, indicó que las coberturas se dieron por parte de las aseguradoras por lo que no era procedente la devolución, máxime cuando estas entidades eran terceros de buena fe.

COLPENSIONES presentó recurso de apelación, solicitando que sea revocada íntegramente la sentencia; para tal efecto, sostuvo que para la fecha en que se efectuó el traslado de la demandante, no existía la obligación legal de documentar la asesoría de la afiliación; por tal razón, no era posible aportar documento alguno que refleje el deber de información más allá del formulario de traslado, toda vez que la información se entrega de manera verbal. Resaltó que, el traslado de la actora se realizó hace más de 20 años, por lo que ni siquiera Porvenir cuenta con información del asesor comercial que realizó la asesoría o que acompañó al demandante en el diligenciamiento del formulario, de modo que allegar un medio de prueba que no sea documental pone a Porvenir y Colpensiones en una situación imposible de acreditar.

Sostuvo que, Colpensiones no participó en el acto del traslado por lo que no sería válido jurídicamente trasladar la carga prestacional de asumir un perjuicio que no causó, pues recibir como afiliada a la demandante generaría afectación al principio de sostenibilidad financiera, debido a que el dinero que recibiría Colpensiones con ocasión del reintegro ordenado sería insuficiente para financiar la eventual pensión de vejez de la demandante; que el a quo no tuvo en cuenta que la actora llevaba más de 20 años cotizando en RAIS, sin realizar pago alguno a Colpensiones y únicamente cuando se dan cuenta que la mesada pensional no responde a sus expectativas personales, buscan el retorno a RPM.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación presentado por Porvenir S.A. y Colpensiones, así como en el grado jurisdiccional de consulta en favor de

esta última en lo no apelado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 69 del CPTSS.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar, si el traslado del régimen de prima media al de ahorro individual que hizo la demandante a través de la AFP Porvenir, es ineficaz por falta de información, y si como consecuencia de ello, hay lugar a trasladar a Colpensiones los todos aportes realizados por la actora en el RAIS, gastos de administración y demás deducciones. De igual forma, se deberá establecer si hay lugar a la imposición de costas en primera instancia.

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: *i)* que la señora **Patricia del Carmen Herrera Acosta** nació el 29 de octubre de 1963 (HL, archivo 07 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); *ii)* que estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones entre el 01 de octubre de 1986, y el 10 de julio de 1997, cotizando un total de 538,14 semanas (HL, archivo 07 de la carpeta 1ª inst. exp. Digital); y *iii)* que el **01 de septiembre de 1997**, se trasladó al RAIS mediante la suscripción de un formulario de vinculación con Porvenir del 01 de julio de 1997 (fº 28-31 archivo 08, de la carpeta 1ª inst. exp. Digital).

INEFICACIA DEL TRASLADO

Ha sostenido la alta Corporación de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral que, cuando el conflicto suscitado tiene como origen la omisión de información al afiliado por parte de la AFP en el momento de traslado de régimen pensional debe analizarse desde la figura jurídica de la ineficacia, puesto que al transgredirse el derecho a que el cambio de régimen pensional sea libre y voluntario, el efecto jurídico previsto por el artículo 271 de la Ley 100 de 1993, no es otro que el de la ineficacia de la afiliación sin perjuicio de que adicionalmente solicite el resarcimiento de perjuicios que considera se le causaron (CSJ SL3871-2021, CSJ SL 3611-2021, CSJ SL3537-2021 y CSJ SL 1565 - 2022). Por consiguiente, no es necesario que se configure un vicio en su consentimiento por error de hecho, fuerza o dolo, puesto que al tratarse de ineficacia del traslado debe centrarse en establecer si la administradora de pensiones cumplió con su deber de información en el momento que el afiliado tomó la decisión de cambiarse de sistema pensional.

Igualmente, se fijó por esa Corporación que es a las administradoras de pensiones a quienes les corresponde acreditar el cumplimiento del deber de información, pues exigir al afiliado una prueba del incumplimiento por parte de la AFP al deber de información es

un despropósito, en la medida que la alegación de no recibir información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuar el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación; además, estableció que la documentación soporte del traslado debe conservarse en los archivos del fondo, dado que es esta entidad la que está obligada a observar la obligación de brindar información y, más aún, probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento, y finalmente explicó que no era razonable invertir la carga de la prueba contra la parte débil de la relación contractual, toda vez que las entidades financieras por su posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación tienen una clara preeminencia respecto al afiliado lego, a tal punto que la legislación considera una práctica abusiva la inversión de la carga de la prueba en disfavor de los consumidores financieros (artículo 11, literal b), Ley 1328 de 2009) (CSJ SL1452-2019).

Así mismo, ha indicado la Sala de Casación Laboral de la CSJ que el fondo privado cumple con su deber de información cuando la asesoría brindada para el momento en que el afiliado decide trasladarse contiene una información suficiente, transparente, cierta y oportuna, es decir, cuando se hace una adecuada ilustración sobre las características, condiciones, consecuencias, riesgos, ventajas y desventajas de la determinación de cambio de régimen pensional, deber que ha existido desde la creación de las sociedades administradoras de fondos de pensiones y cuyo cumplimiento permite que la elección de cualquiera de los regímenes pensionales sea libre y voluntaria conforme lo ordena el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 (CSJ SL755-2022, CSJ SL3349-2021 y CSJ SL1565 - 2022).

En ese sentido, precisó dicha Corporación que no puede argüirse que *«existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito»* (CSJ SL12136-2014, CSJ SL1467-2021). Igualmente, resaltó que el Decreto 663 de 1993, *«Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, prescribió en el numeral 1.º del artículo 97, la obligación de las mismas de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, haciendo alusión a la Ley 795 de 2003, *«Por la cual se ajustan algunas normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero y se dictan otras disposiciones»*, en la cual se recalca en su artículo 21, ese deber **preexistente** de información a cargo de las AFP, en el sentido que la información

suministrada tenía como propósito no solo evaluar las mejores opciones del mercado sino también la de «*poder tomar decisiones informadas*».

Concluyó la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral que, desde su fundación, las AFP tenían la obligación de garantizar una afiliación libre y voluntaria, mediante la entrega de la información suficiente y transparente que permitiera al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles en el mercado, aquella que mejor se ajustara a sus intereses.

Sobre el particular, cabe traer a colación, lo dicho en la sentencia CSJ SL4025-2021, en la que se expuso:

Esta Corte desde hace varios años, ha puntualizado, que la información que se ha de proporcionar al afiliado (a), debe efectuarse bajo la óptica de que quien la brinda sabe de su importancia y valor, a fin de orientar a este en aquellos aspectos que pueden acarrear consecuencias mayúsculas, como es el caso del cambio de régimen, evento en el que la administradora tiene el deber del buen consejo, de ilustración suficiente, dándole a conocer las diferentes alternativas, lo que en todo caso, va más allá de una simple información o diligenciamiento de un formulario de vinculación o traslado, aspectos que precisamente son de los que se duele el demandante, no acontecieron en su caso.

Así las cosas, en cuanto al deber de información exigible a las AFP, se ha considerado que desde que se implementó el Sistema Integral de Seguridad Social en pensiones y se concibió la existencia de las AFP, se estableció en cabeza de estas el deber de ilustrar a sus potenciales afiliados, en forma clara, precisa y oportuna, acerca de las características de cada uno de los dos regímenes pensionales, con el fin de que pudieran tomar decisiones informadas (CSJ SL12136-2014, CSJ SL17595-2017, CSJ SL19447-2017, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL4360-2019, CSJ 2611-2020, CSJ SL4806-2020, entre otras).

Desde luego que con el transcurrir del tiempo, el grado de intensidad de esta exigencia cambió para acumular más obligaciones, pasando de un deber de información necesaria (1993-2009), al de asesoría y buen consejo (2009-2014), y finalmente al de doble asesoría (2014- en adelante). Lo anterior es relevante, pues implica la necesidad, por parte de los jueces, de evaluar el cumplimiento del deber de información de acuerdo con el momento histórico en que debía cumplirse, pero sin perder de vista que este desde un inicio ha existido (sentencia CSJ SL4062-2021).

Así, para la fecha en la que el accionante se trasladó al régimen de ahorro individual con solidaridad – **01 de septiembre de 1997-**, la obligación de la AFP se enmarcaba en el primer periodo, según el cual debía entregar información suficiente y transparente que le permitiera elegir «*libre y voluntariamente*» la opción que mejor se ajustara a sus intereses (CSJ: SL1452-2019, SL1688-2019 y SL1689-2019), conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral

1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003-, lo cual implicaba la ilustración de las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales.

Conforme lo anterior, la AFP Porvenir S.A. que fue la que propició el acto del traslado de régimen pensional tenía el deber de asesoría e información suficiente y transparente, pues desde la creación del sistema el legislador previó el derecho de toda persona a elegir libre y voluntariamente el régimen pensional, lo cual no puede desconocerse, atentarse o impedirse en cualquier forma, so pena de las sanciones de que trata el artículo 271 de la Ley 100 de 1993 y que la afiliación quede sin efecto, esto es, que se produzca su ineficacia, lo que ocurre justamente cuando la AFP omite su deber de información, tal y como lo ha señalado la Corte (CSJ SL4360-2019).

Así las cosas, frente al reparo formulado por Porvenir S.A. y por Colpensiones según el cual para la fecha en que la demandante llevó a cabo el traslado al RAIS no le era exigible a la AFP suministrar la información con el detalle que se requiere, esta Sala indica que no está llamado a prosperar, pues, además de lo expuesto por la Corte Suprema de Justicia en la sentencia CSJ SL1055-2022 citada previamente, lo cierto es que desde el año 1993 se consagró la obligación en cabeza de las administradoras de fondos de pensiones de informar de forma integral y suficiente a los afiliados del sistema, para que estos pudiesen escoger el régimen pensional que les resulte más favorable, conforme al literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, en concordancia con el artículo 97 numeral 1.º del Decreto 663 de 1993 -posteriormente modificado por el 23 de la Ley 795 de 2003- y el párrafo del artículo 18 del Decreto 656 de 1994. Este último, textualmente establece: *«PARAGRAFO. Los informes sobre modalidades de pensión que suministren las administradoras a los afiliados deberán contener los datos necesarios y suficientes sobre las alternativas existentes, de tal forma que permitan a los afiliados tomar decisiones que consulten sus mejores intereses.»*

Ahora bien, aun cuando en el expediente obra el formulario de solicitud de afiliación de la AFP Porvenir, de él solo se advierte la fecha de su diligenciamiento, los datos personales y laborales de la accionante, de modo que únicamente da cuenta de una exigencia requerida para el ingreso de un afiliado con la fórmula pre-impresa en la casilla destinada a la firma, sin que del mismo pueda concluirse que dicha AFP cumplió con el deber de suministrar al afiliado una ilustración suficiente, completa, clara, comprensible y oportuna sobre las implicaciones de abandonar el esquema de prima media con prestación definida y sus posibles consecuencias futuras.

Además, se pone de presente que la Corte Suprema de Justicia también ha señalado que no basta con la suscripción del formulario de afiliación, para darle plena

validez al traslado, porque la «[...] firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como «la afiliación se hace libre y voluntaria», «se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones» u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado» (CSJ SL1688-2019, reiterada en la CSJ SL1741-2021, donde se rememoran las sentencias CSJ SL1452-2019, CSJ SL1421-2019, CSJ SL4964-2018 y CSJ SL19447-2017).

Contrario a lo afirmado por Porvenir S.A. en su recurso de apelación, del interrogatorio de parte rendido por la parte actora, no se desprende confesión alguna, que permitan acreditar que, en efecto, la gestora del traslado de régimen haya dado cumplimiento al deber de información que le asiste, pues si bien, en su declaración demostró cierta ilustración sobre las características que rodean el sistema pensional en Colombia, ello no quiere decir que este conocimiento haya sido adquirido al momento en que se suscribió el formulario de afiliación y a raíz de lo informado en su momento por el asesor del fondo, ahora en gracia de discusión y de aceptarse que ello fue así, no puede perderse de vista que, la parte actora a lo largo de su intervención, siempre manifestó que su principal motivación para pertenecer al RAIS era el deseo de mantener su derecho pensional a salvo, dado que el asesor que acompañó el proceso de traslado había manifestado que el ISS iba a desaparecer, que sus aportes estaban en riesgo y que, además, su mesada pensional sería superior, por lo anterior, es claro que, la información suministrada a la afiliada estuvo lejos de ser cierta y transparente, pues estuvo precedida de engaño, generando en ella temores infundados respecto de su futuro pensional y expectativas falsas.

Bajo el anterior contexto, resulta claro que la administradora de pensiones, no cumplió con el deber de información suficiente, clara, comprensible y oportuna sobre las características de los dos regímenes pensionales y las consecuencias que implicaba el retirarse del RPM al que se encontraba afiliado, carga probatoria que a ella le correspondía como se tiene adoctrinado por nuestro máximo órgano de cierre (CSJ SL1565-2022, CSJ SL1055-2022, CSJ SL1452-2019, CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019, CSJ SL4426-2019, CSJ SL4806-2020 y CSJ SL4062-2021); en consecuencia, como ello no se acreditó, conduce a que **el traslado se torne ineficaz**, como acertadamente lo concluyó el juez de primer grado, por lo que habrá de confirmarse su decisión en lo relativo a este punto.

En lo que respecta a los **gastos de administración, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia** y demás emolumentos ordenados devolver por parte de los fondos de pensiones privados, cabe reseñar que la figura jurídica de la ineficacia del traslado, supone que el mismo nunca ocurrió; es decir, debe entenderse

que no existió el cambio al sistema privado de pensiones, lo que conduce a retrotraer las cosas al estado en que se encontraban, como si el acto jurídico no hubiese existido, como efectos *ex tunc* (desde siempre). Bajo ese horizonte, resulta totalmente válido, que se disponga que las AFP privadas, trasladen a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros, gastos de administración, primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, entre otros, con cargo a sus propias utilidades, tal y como lo ha admitido la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pudiéndose traer a colación la sentencia CSJ SL1467-2021, en la que adoctrinó:

[...] en la medida que la ineficacia del acto de cambio de régimen pensional supone negarle efecto al traslado, tal situación solo es posible bajo la ficción que el mismo nunca ocurrió. Luego, si una persona estaba afiliada al régimen de prima media con prestación definida, ha de entenderse que nunca se cambió al sistema privado de pensiones, y si estuvo afiliado al RAIS, ha de darse por sentado que nunca se trasladó al sistema público administrado por Colpensiones.

Por esto mismo, en tratándose de afiliados, la Sala ha adoctrinado que los fondos privados de pensiones deben trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado, junto con los rendimientos financieros. Así mismo, ha dicho que esta declaración obliga las entidades del régimen de ahorro individual con solidaridad a devolver los gastos de administración y comisiones con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al régimen de prima media con prestación definida administrado por Colpensiones (CSJ SL4964-2018, CSJ SL4989-2018, CSJ SL1421-2019, CSJSL1688-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJ SL4811-2020). (Subrayadas fuera del texto original).

En similar sentido, en providencia CSJ SL1795-2017, reiterada en la CSJ SL4025-2021, entre muchas otras, se asentó:

*La administradora tiene el deber de devolver al sistema todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del actor, como cotizaciones, bonos pensionales, **sumas adicionales de la aseguradora**, con todos sus frutos e intereses como los dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causado.*

Como la nulidad fue conducta indebida de la administradora ésta debe asumir a su cargo los deterioros sufridos por el bien administrado, esto es, las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, ya por pago de mesadas pensionales en el sistema de ahorro individual, ora por los gastos de administración en que hubiere incurrido, los cuales serán asumidos por la Administradora a cargo de su propio patrimonio, siguiendo para el efecto las reglas del artículo 963 del C.C.

Cabe agregar, que por vía jurisprudencial se ha aceptado que los fondos de pensiones, también deben devolver a Colpensiones las «*primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, así como el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos*» (CSJ SL1055-2022, entre muchas otras); como en este caso, ello no fue ordenado por el juez de primer nivel, esta Sala de Decisión, dispondrá su devolución a la Administradora de Pensiones Colpensiones, en virtud de que en su favor se está surtiendo el grado jurisdiccional de consulta; lo anterior, teniendo en cuenta que se tratan de dineros del sistema de

seguridad social en pensiones, y que deben ser devueltos en su integridad a la entidad que nuevamente recibe el afiliado.

Por lo tanto, se hace necesario Modificar y Adicionar el numeral tercero de la sentencia de primer grado, en el sentido de **CONDENAR** a la AFP Porvenir S.A., a pagar con su propio patrimonio, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual, toda vez que el *a quo* omitió ordenar en su totalidad la devolución de los mismos, como lo dispone la sentencia en cita, pues como se dijo, estos hacen parte de la cuenta de la demandante y con ellos es claro, que habrá de financiarse las prestaciones a que haya lugar por parte de Colpensiones.

Ahora, no queda duda alguna que dichos valores deben ser indexados, como quiera que, por el transcurso del tiempo, han sufrido pérdida del valor adquisitivo, no siendo viable que Colpensiones deba asumir esta pérdida, de otro lado, pese a que la cuenta de ahorro individual de la actora generó rendimientos, ellos no compensan la devaluación que se pretende proteger con la indexación, por lo que tampoco es de recibo el reparo que efectuó en ese sentido Porvenir S.A.

Lo anterior, no genera ningún detrimento ni un desequilibrio para Colpensiones, ni afecta su **sostenibilidad financiera**, dado que, la ineficacia del traslado de régimen de la demandante implica, como ya se dijo, la devolución de todos los dineros por él aportados al RAIS más sus rendimientos, frutos e intereses que se encuentren en la cuenta de ahorro individual de esta de **manera íntegra** a COLPENSIONES, declaración que trae consigo la consecuencia inmediata de no haber pertenecido al RAIS, debiendo restituirse las cosas a su estado original (CSJ SL 4911-2019).

PRESCRIPCIÓN

En cuanto a la excepción de prescripción que propuso la demandada Colpensiones, esta Sala ha manifestado reiteradamente que la acción de ineficacia del traslado entre regímenes pensionales es imprescriptible porque se trata de un estado jurídico que no está sujeto a aquel fenómeno extintivo, a diferencia de lo que sucede con los derechos de crédito (CSJ SL1688-2019, reiterada en CSJ SL4360-2019).

Frente a las demás excepciones propuestas por la parte pasiva, se declararán no probadas como quiera que la ineficacia del traslado salió avante.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de Colpensiones y de Porvenir S.A. como quiera que los recursos de alzada no prosperaron de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

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

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR Y MODIFICAR EL NUMERAL TERCERO de la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Octavo Laboral del Circuito de Bogotá, únicamente en el sentido de **ORDENAR** a la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a trasladar a **COLPENSIONES** y esta a su vez a recibir por parte de aquella, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima debidamente indexados, y con cargo a sus propios recursos, y los rendimientos con las mermas sufridas en el capital destinado a la financiación de la pensión de vejez, más los frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., y demás rubros que posea la accionante en su cuenta de ahorro individual. 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.

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

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y de la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de Colpensiones y de Porvenir S.A., la suma de \$1.160.000 para cada una.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente

República de Colombia



Libertad y Orden

**Rama Judicial
Tribunal Superior del Distrito Judicial
Bogotá D. C.
SALA LABORAL**

MAGISTRADO PONENTE: DR. ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

RADICADO	110013105011201800304-01
CLASE DE PROCESO	ORDINARIO LABORAL
DEMANDANTE	HEIDY JOANNA VANEGAS RODRÍGUEZ
DEMANDANDO	GRUPO CRECER UNIDOS SA y solidariamente contra PROTEGEMOS FILIAL BOGOTÁ SAS

En Bogotá D. C. a los veinte (20) días del mes de junio de dos mil veintitrés (2023), el Magistrado Ponente en asocio de los demás miembros integrantes de la Sala de Decisión, en atención a lo dispuesto en la Ley 2213 del 13 de junio de 2022, que adoptó como legislación permanente el Decreto Legislativo 806 de 2020, procede a dictar la siguiente,

SENTENCIA:

ANTECEDENTES

Pretende la señora **HEIDY JOANNA VANEGAS RODRÍGUEZ** se declare que entre ella y las demandadas existió un contrato de trabajo el cual terminó por causa imputable al empleador, en consecuencia, se le condene al pago de cesantías, intereses a estas, vacaciones, prima de servicios, y salarios causados desde el 01 de mayo de 2017, hasta el 30 de marzo de 2018, a la sanción por no consignación de las cesantías del año 2017, en un fondo de cesantías y a las costas del proceso.

Como hechos fundamento de las pretensiones (f.º 3-6 exp. físico), señaló que el 01 de agosto de 2014, ingresó a laborar para la empresa GRUPO PROTEGEMOS

GCU y GRUPO CRECER UNIDOS S.A., en el cargo de directora de mercadeo y convenios; que el contrato suscrito fue a término fijo, en los siguientes periodos:

1. Del 01/08/2021 al 30/10/2014
2. Del 01/02/2015 al 30/11/2015
3. Del 01/03/2016 al 30/11/2016
4. Del 01/02/2017 al 30/04/2017.

Narró que, su salario básico era de \$879.861 pagaderos mensualmente, más comisiones por ventas de planes individuales y empresariales del portafolio de servicios que manejaba PROTEGEMOS GCU, las cuales se pagaban por medio de cuentas de cobro; que ejecutó su labor de manera personal, atendiendo las órdenes e instrucciones y cumpliendo el horario impuesto por su empleador; que el 24 de marzo de 2017, le enviaron por correo electrónico la carta de preaviso de la terminación de su contrato de trabajo; que el 12 de abril de esa anualidad, por una ecografía que le realizaron, se dio cuenta que estaba en embarazo de 6 semanas de gestación, por lo que ese mismo día envió soportes a la empresa vía correo electrónico.

Indicó que, el 15 de igual calenda llegó una persona la cual debía capacitar con toda la información de su cargo Directora de Mercadeo y Convenios y todo lo que tenía que ver con la sede PROTEGEMOS GCU, que no sabía que iba a pasar con su cargo, pues su empleador le dijo que estuviera tranquila que ellos debían protegerla por su estado de embarazo; que para finales de abril de 2017, realizó el acta de entrega de su puesto, a la persona que había capacitado; que el 27 de abril de igual año la abogada de su empleadora se comunicó con ella vía telefónica y le informó que no tenía derecho al fuero de maternidad, pero que le regalarían el pago de la seguridad social; que el 5 de mayo de 2017, le realizaron el examen de egreso que dio como resultados «*egreso con alteraciones y prueba de embarazo positiva*».

Expresó que, no pudo continuar cursando el tecnólogo de Seguridad y Salud en el Trabajo, porque se quedó sin trabajo y sin salario; que no tenía como solventar sus gastos económicos, ni siquiera para ir a las citas médicas; que era madre cabeza de hogar y su embarazo fue catalogado como de alto riesgo psicosocial.

Sostuvo que, interpuso una acción de tutela para su reintegro, en la cual se ordenó al Grupo Crecer Unidos S.A. pagar su seguridad social durante la época de gestación, negándose las demás peticiones; que el círculo de negocios de PROTEGEMOS GCU y CRECER UNIDOS S.A., continuó siendo el mismo desde la terminación de su contrato de trabajo, lo que mostraba «*mala fe*» en esa decisión.

POSICIÓN DE LA PARTE DEMANDADA

El GRUPO CRECER UNIDOS S.A., contestó la demanda (f.º 77-83 exp. Físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos aceptó: *i*) la relación laboral, indicando que se había suscrito 4 contrato de trabajo a término fijo diferentes entre sí, que el último se suscribió por un periodo de tres (3) meses desde el 01/02/2017 hasta el 30/04/2017; *ii*) el cargo por ella desempeñado; *iii*) el salario base pactado; *iv*) que dio preaviso para la terminación del contrato; *v*) que una vez finalizó el plazo le pagó a la actora su liquidación; *vi*) que el 12 de abril de 2017, la demandante informó de su estado de embarazo; y *vii*) los resultados del examen de egreso. A los demás indicó que no le constaban, aclarando que no contrato a otra persona para que laborara en la Agencia Comercial de Bogotá; que no le pagaba comisiones; que le informó sobre la imposibilidad de renovar el contrato porque cerrarían la Agencia en esta ciudad, pero que le garantizarían los aportes a salud, pensión y riesgos laborales y así lo hizo; que la acción de tutela también ordenó el pago de la indemnización de que trata el artículo 239 del CST, lo cual cumplió; que dejó de ejecutar actividades mercantiles en Bogotá desde el 30 de abril de 2017, porque cerraron la Agencia en esta ciudad; que no obró de mala fe, porque cuando entregó el preaviso de no prórroga del contrato por vencimiento del plazo pactado, no sabía que la actora estaba embarazada.

Formuló las excepciones de fondo de inexistencia de las obligaciones demandadas, cobro de lo no debido, pago total de las obligaciones correspondientes al contrato laboral y la innominada.

PROTEGEMOS FILIAL BOGOTÁ S.A.S, contestó la demanda (f.º 112-119 exp. Físico), oponiéndose a las pretensiones de la demanda. En cuanto a los hechos, indicó a todos que no los conocía porque no se había presentado en esa empresa. Propuso como excepción de fondo únicamente la de falta de legitimación por pasiva.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá mediante sentencia del 26 de enero de 2021 (archivo 160-163 exp. Físico), resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre la ciudadana HEIDY JOHANNA VANEGAS RODRÍGUEZ y las sociedades GRUPO CRECER UNIDOS S.A. y PROTEGEMOS FILIAL BOGOTÁ S.A.S. existió una relación laboral la cual estuvo regida por sendos contratos de trabajo a término fijo. El primero de ellos iniciándose el 1 de agosto del año 2014 y hasta el 30 de octubre de esa anualidad. El segundo del 1 de febrero al 30 de noviembre del año 2015. El tercero el 1 marzo y hasta el 30 de noviembre del año 2016. El último, 1 de febrero hasta el 30 de abril del año 2017 desempeñando como último cargo el de directora de convenio y recibiendo como último salario la suma de \$879.861 el cual terminó por vencimiento de plazo pactado, de conformidad con lo expuesto en la parte motiva del presente proveído.

SEGUNDO: DECLARAR que para el 31 de abril del año 2017, fecha en la que terminó el contrato de trabajo, la demandante HEIDY JOHANNA VANEGAS RODRÍGUEZ gozaba de fuero de maternidad contenido en el artículo 239 del Código Sustantivo del Trabajo, el cual se hizo extensivo hasta la fecha en que terminó la licencia de maternidad.

TERCERO: CONDENAR a las demandadas GRUPO CRECER UNIDOS S.A. y PROTEGEMOS FILIAL BOGOTÁ S.A.S. a pagar a la demandante HEIDY JOHANNA VANEGAS RODRÍGUEZ los salarios, cesantías, intereses a las cesantías, prima de servicios y vacaciones causadas entre el 31 de abril del año 2017 y hasta que la HEIDY JOHANNA VANEGAS acredite ante las demandadas la fecha en que terminó la licencia de maternidad, para efectos de la liquidación deberá tenerse como último salario percibido el acreditado en el expediente que asciende a la suma de \$879.861 (folio 34), sin que se haya probado alguno diferente.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas GRUPO CRECER UNIDOS S.A. y PROTEGEMOS FILIAL Bogotá S.A.S. de las demás pretensiones incoadas en su contra por parte de la demandante.

QUINTO. DECLARAR no probadas las excepciones planteadas por la pasiva.

SEXTO.CONDENAR en costas a la parte demandada, liquídense por secretaría e inclúyase la suma ochocientos mil pesos (\$800.000), 50% por cada entidad, valor en el que se estima las agencias en derecho.

Aclaró que las condenas impuestas eran en «*contra de GRUPO CRECER UNIDOS S.A. y PROTEGEMOS FILIAL BOGOTÁ S.A.S., en un 50% cada una*».

El A quo fijó como problema jurídico determinar si a la data de la terminación del contrato de trabajo de la actora, esta se encontraba cobijada por el fuero de maternidad, y si como consecuencia de ello había lugar a acceder a las pretensiones de condena incoadas en el escrito de demanda.

Expuso que, no había discusión en que entre las partes se habían suscrito varios contratos de trabajo a término fijo, a saber: i) del 01/08/2021 al 30/10/2014; ii) del 01/02/2015 al 30/11/2015; iii) del 01/03/2016 al 30/11/2016; y iv) del 01/02/2017 al 30/04/2017; que el cargo desempeñado por la actora fue de directora de convenios, que el último salario devengado había sido la suma de \$879.861, que la relación laboral finalizó por vencimiento del plazo pactado previo el preaviso de no prórroga.

Empezó por estudiar el fuero de maternidad, señalando que este se encontraba regulado en el artículo 239 del CST; que seguiría la línea jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia plasmada en la sentencia SL2696-2018, en la que se indicó que el despido se entendía efectuado por motivo del embarazo o lactancia cuando la trabajadora se encontraba en esos periodos, y sin que se hubiese pedido autorización al Ministerio del Trabajo.

Manifestó que, el fuero de maternidad radicaba en la prohibición de despedir a la empleada en estado de embarazo o durante el disfrute de la licencia de maternidad, el cual traía una presunción en favor de ella siempre que el empleador tuviese conocimiento de su estado de gravidez (CSJ SL1352-2020).

Refirió que, en el hecho 6 de la demanda se narró que ella el 12 de abril de 2017, vía correo electrónico informó a su empleador de su estado de embarazo, a lo que la demandada Grupo Crecer Unidos S.A. dijo que era cierto, de lo que concluyó que al momento de la terminación del contrato el empleador si tenía conocimiento de su estado de gravidez y, por ende, operaba en favor de la trabajadora la presunción referida.

Sostuvo que, conforme el criterio de la Corte Suprema de Justicia la protección a la maternidad en contratos a término fijo era intermedia, la cual consiste en que, pese a haberse vencido el plazo y pasarse el preaviso de no prórroga, la vigencia de la relación laboral se tiene que garantizar durante el periodo de embarazo y por el término de la licencia de maternidad posparto, superado este la vinculación puede terminar sin formalidades adicionales.

Expuso que, en este asunto el empleador debió tener el vínculo laboral vigente hasta el finiquito de la licencia de maternidad de la señora Vanegas, data que no se conocía porque no se había allegado prueba siquiera sumaria de la misma, máxime que esta debía constar por escrito, no obstante, indicó que en aras de no causar detrimento en favor de la demandante y de su hijo menor, ordenaría a las demandadas pagar a la promotora del litigio los salarios, prestaciones sociales y vacaciones dejadas de percibir desde el 30 de abril de 2017, hasta la data en que terminó la licencia de maternidad, teniendo como salario base de liquidación la suma de \$879.861.

Explicó que, los argumentos de las demandadas, respecto de que no había donde reintegrar a la demandante porque la sede, filial o sucursal en la ciudad de Bogotá fue cerrada al mismo tiempo que finalizó la relación laboral con la accionante, lo cual no se probó en el expediente, ya que, a la calenda de esa audiencia la empresa seguía funcionando.

Frente a la pretensión de indemnización por no consignación de las cesantías causadas en el año 2017 conforme el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, indicó que esta no era de aplicación automática sino que debía evaluarse el actuar de la empleadora, que para este caso las demandadas se abstuvieron de consignar dicho concepto porque tenían el convencimiento que el vínculo laboral había finalizado el 30 de abril de 2017, por vencimiento del plazo pactado y fue hasta este proceso que ello se desvirtuó, por lo que no era dable entender que su actuar había estado rodeado de mala fe, por lo que absolvería de esa petición.

Finalmente expuso que, no declararía probada ninguna excepción dadas las resultas del proceso, y tampoco la de prescripción porque la relación laboral había finiquitado el 30 de abril de 2017, y la demanda se había radicado el 6 de junio de 2018.

Por solicitud de la demandada Protegemos Filial Bogotá S.A.S, el a quo aclaró que la condena impuesta debía ser asumida en un 50% por cada demandada.

RECURSO DE APELACIÓN

Protegemos Filial Bogotá S.A.S interpuso recurso de apelación afirmando que en el proceso no se había probado que la demandante hubiese prestado servicios a esa empresa, y que la solidaridad pretendida por la actora debía probarse lo cual no se hizo, máxime que los contratos de trabajo allegados al plenario estaban firmados por el Grupo Crecer Unidos y por la demandante, las certificaciones laborales y las planillas de aportes a seguridad social registran como empleador al Grupo Crecer Unidos, y no a esa demandada.

Considera que no se tuvo en cuenta su contestación de demanda donde propuso como excepción la de falta de legitimación por pasiva, porque la actora nunca tuvo vínculo laboral con esa empresa, porque cuando a la señora Vanegas se le desvinculó del Grupo Crecer Unidos, la empresa Protegemos Filial Bogotá S.A.S hasta ahora estaba naciendo como se evidencia en el certificado de cámara de comercio donde se leía que esta había nacido el 25 de abril de 2017, por ende, solicita se revoque la decisión para absolver a esa recurrente de las condenas.

CONSIDERACIONES

Procede la Sala de Decisión, a resolver el recurso de apelación formulado por la demandada Protegemos Filial Bogotá S.A.S., en estricta aplicación del principio de consonancia previsto en el artículo 66 A del CPTSS.

En el presente asunto no es materia de discusión que la señora HEIDY JOANNA VANEGAS RODRÍGUEZ se vinculó al GRUPO CRECER UNIDOS S.A., mediante contrato de trabajo a término fijo, siendo el último pactado por un plazo de tres (03) meses, para ser ejecutado entre el 01 de febrero de 2017, y el 30 de abril de 2017; que este último finalizó por vencimiento del plazo pactado con el correspondiente preaviso, cuando la demandante se encontraba protegida por el fuero de maternidad, el cual se extendió hasta el día en que finalizó la licencia de maternidad, debiendo el empleador cancelarle salarios, prestaciones y vacaciones hasta esa data, lo anterior porque así fue declarado por el juez de instancia, y la demandada GRUPO CRECER UNIDOS S.A. no lo apeló.

PROBLEMA JURÍDICO

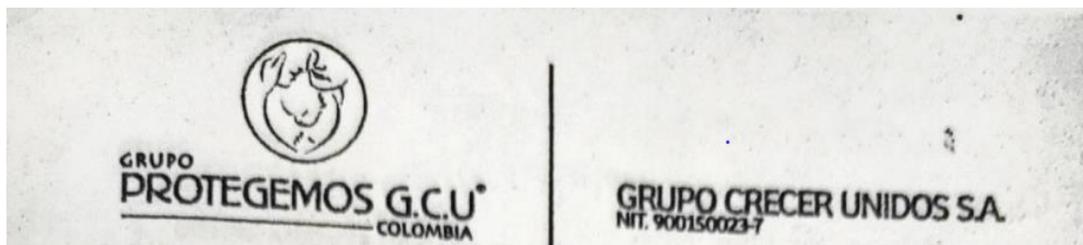
Conforme a los antecedentes dados en precedencia, corresponde a esta Sala de Decisión determinar si la demandada Protegemos Filial Bogotá S.A.S., debe responder por el 50% de las condenas impuestas en primera instancia.

Para establecer lo anterior, se hace necesario verificar el material probatorio, pues dicha recurrente alega, primero que la demandante no laboró para ella, y segundo, que para la data en que se terminó el contrato de trabajo de la actora, esta hasta ahora estaba naciendo conforme se evidenciaba en el certificado de cámara de comercio.

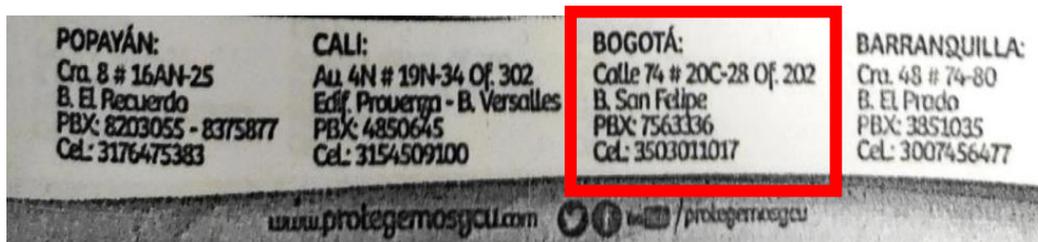
Así las cosas, al verificar el contrato de trabajo suscrito con la señora Vanegas (f.º 20-23 y 84-87) se evidencia que tiene un membrete de la «*Revista Protegemos GCU*», y el título dice «*Grupo Crecer Unidos S.A.-contrato a término fijo No CL-027*», y allí se indicó que el empleador era Grupo Crecer Unidos S.A. quien tenía domicilio principal en Cali, y que su lugar de trabajo sería Bogotá.

De igual forma, obra en el expediente certificación laboral expedida el 10 de abril de 2017, sobre los servicios prestados por la actora a su empleador Grupo Crecer Unidos S.A., en donde se evidencia el siguiente membrete:

Parte superior



Parte inferior



En el certificado de aptitud laboral Egreso realizado a la actora el 05 de mayo de 2017 (f.º 39-40), se señaló en las casillas «*empresa contratante*» y la «*empresa usuaria*» «*Protegemos*», y la factura del examen de egreso más prueba de embarazo, fue pagada por «*Protegemos CGU*» (f.º 41).

También figura en el informativo, el Acta No 033/2017, de la reunión de Asamblea General Extraordinaria de Socios del Grupo Crecer Unidos S.A. celebrada el 20 de abril de 2017, la cual fue elaborada con papelería del mismo membrete (f.º 88-89), y en ella se aprobó por unanimidad la autorización para cerrar la Sede en la ciudad de Bogotá, por cuanto la administración, distribución, comercialización y manejo financiero de la Revista Protegemos GCU estaría en cabeza de una nueva empresa con la cual se realizaría un convenio comercial.

Es de aclarar que, el Grupo Crecer Unidos S.A., con matrícula mercantil 724624-4 de Cali, tuvo entre otras, una agencia denominada «*GRUPO CRECER UNIDOS PROTEGEMOS BOGOTA*», con matrícula 2452334, la cual estuvo vigente entre mayo de 2014 y mayo de 2017 (f.º 90-91), y tenía como dirección Calle 74 # 20C-28 oficina

202 B. San Felipe Bogotá, matrícula esta última que fue cancelada en virtud de una comunicación del 11 de mayo de 2017, y era la Sede de trabajo de la actora.

Según el Acta No 033/2017, de la reunión de Asamblea General Extraordinaria de Socios del Grupo Crecer Unidos S.A. celebrada el 20 de abril de 2017, referida en párrafos anteriores, la «*administración, distribución, comercialización y manejo financiero de la Revista Protegemos GCU*», fue entregada a otra empresa con la cual realizarían una alianza comercial, para lo cual se creó la empresa «*PROTEGEMOS FILIAL BOGOTÁ SAS*» con matrícula comercial 02808744 del **25 de abril de 2017**, la que tiene como objeto social entre otras cosas, «*la comercialización, distribución, venta intermediación, promoción, divulgación de la Revista Protegemos GCU (...)*» y su dirección de notificación es **Calle 74 # 20C-28 oficina 202 B. San Felipe Bogotá.**

Se evidencia que la liquidación de las prestaciones sociales de la actora, fue pagada el 11 de mayo de 2017 (f.º 95-96), documentos a los cuales se les puso el siguiente sello:



También obra en el expediente comunicación del 28 de diciembre de 2017 dirigida a Compensar por parte del gerente general del Grupo Crecer Unidos S.A., autorizando el pago de la licencia de maternidad a la demandante, en esta se evidencia el mismo membrete al que se hizo alusión en párrafos precedentes.

Y por último, aparece correo electrónico de fecha 24 de enero de 2018, dirigido a la demandante de «*gestiónhumana@protegemosgcu.com*» con asunto «*tramite de licencia de maternidad*» (f.º 97), donde se le informa que ese día se había realizado dicho trámite ante la EPS Compensar y que en el momento en que les fuera cancelada le realizarían la consignación.

Conforme lo anterior, se observa que el empleador de la demandante era el Grupo Crecer Unidos S.A., quien la asignó para la prestación de sus servicios en la Agencia denominada «GRUPO CRECER UNIDOS PROTEGEMOS BOGOTÁ» la cual estaba ubicada en la dirección Calle 74 # 20C-28 oficina 202 B. San Felipe Bogotá, agencia que legalmente fue cancelada su matrícula mercantil en virtud de una comunicación del 11 de mayo de 2017; no obstante, en esta misma sede empezó a operar desde el **25 de abril de 2017** la empresa «PROTEGEMOS FILIAL BOGOTÁ SAS», la que continuó usando los mismos sellos y membretes, y siguió con «*la comercialización, distribución, venta intermediación, promoción, divulgación de la Revista Protegemos GCU (...)*».

Por lo anterior, surge con evidencia que en la realidad lo que presuntamente se dio fue una sustitución de empleador en los términos del artículo 67 del CST, cuyos elementos para que opere esta figura se encuentran aquí presentes, esto es, **i)** El cambio de un patrono por otro; **ii)** La continuidad de la empresa o identidad del establecimiento; y **iii)** Continuidad de servicios del trabajador mediante el mismo contrato de trabajo. Lo anterior, por cuanto en el sub examine, se observa que se cerró la primera de las agencias, se abrió otra razón social para continuar con la comercialización, distribución, venta intermediación, promoción, y divulgación de la Revista Protegemos GCU, la cual como ya se dijo siguió utilizando la misma sede física, los mismos sellos y membretes, y el Grupo Crecer Unidos S.A., continuó contando con dicha sede en Bogotá, pese a que la nueva sociedad diera apariencia de independiente, y la actora al final de su relación laboral, terminó vinculada a esta última, puesto que no de otra manera se puede entender que fuera ella quien le pagara la liquidación final de prestaciones sociales, como ya se dijo.

Sobre el tema de la sustitución patronal, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia CSJ SL4409-2021, se dijo:

Cabe recordar, que conforme al artículo 67 del CST y lo ha entendido esta Corte, se entiende por sustitución de empleadores todo cambio de un empleador por otro, «por

cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios».

El requisito de continuidad de la empresa, se refiere a que subsista la identidad del establecimiento, considerado como una unidad de explotación económica (art. 194 CST), y se transmita de una persona a otra, con total independencia del acto jurídico que dé lugar a ella, esto es, a través de una compraventa, permuta, concesión, comodato, o con el simple cambio del régimen de administración; es decir, a cualquier título. (CSJ SL3003-2020).

Al respecto, en la sentencia del 24 de julio de 1987, reiterada en la CSJ SL18010-2016, se sostuvo:

Según el artículo 67 del Código Sustantivo del Trabajo, hay sustitución de patronos cuando se produce el fenómeno de cambio de un patrono por otro, por cualquier causa, siempre que subsista la identidad del establecimiento, es decir, en cuanto éste no sufra variaciones esenciales en el giro de sus actividades o negocios. Sobre esta institución dijo el Tribunal Supremo del Trabajo en sentencia del 17 de julio de 1947 que 'para que la sustitución exista se requiere que se opere un cambio de patrón por cualquier causa, principalmente por mutación del dominio de la empresa o de su administración; que haya continuidad en el desarrollo de las operaciones del establecimiento y también en los servicios que presten los asalariados. Es decir, que continúe el mismo giro de los negocios o actividades, como antes, y que los trabajadores sigan laborando después del cambio como lo venían haciendo con anterioridad a él. Deben reunirse, pues, tres elementos: Cambio de patrono, continuidad de la empresa y continuidad del trabajador; solo así se entiende que existía continuidad también de la relación de trabajo'. En sentencia de la Corte Suprema de Justicia de 18 de febrero de 1963 se dijo que la 'transmisión de dominio de la empresa de un patrón a otro, evento en que el sustituido desaparece, es una de las causas del fenómeno, pero no exclusiva, ya que no sólo la enajenación de la empresa conduce a la sustitución, sino cualquier otro título, como el simple cambio en el régimen de administración.'

Conforme lo anterior, resulta palmario que la empresa «*PROTEGEMOS FILIAL BOGOTÁ SAS*», sí tiene responsabilidad en los derechos reclamados por la actora en los términos del artículo 69 del CST, el cual en su numeral 1º, prevé: «*1. El antiguo y el nuevo {empleador} responden solidariamente las obligaciones que a la fecha de la sustitución sean exigibles a aquél, pero si el nuevo {empleador} las satisficere, puede repetir contra el antiguo*»; lo anterior, por cuanto la demandante laboró en esa sede hasta el 30 de abril de 2017, los exámenes de egreso se pagaron por la empresa Protegemos y en favor de esta se expidieron los resultados que datan 05 de mayo de 2017, y también fue esa empresa la que pagó la liquidación final del contrato pues de ello da cuenta el sello que dicho documento contiene, por lo que debe confirmarse la sentencia apelada.

De otra parte, si bien esta Sala no comparte la decisión del Juez de instancia al condenar a las demandadas a pagar cada una el 50% de las condenas impuestas, por cuanto estas debían ser solidariamente responsables en la cancelación de dichas condenas, lo cierto es que la parte demandante no apeló este asunto y por ello no hay lugar a modificar la condena.

COSTAS

Costas en esta instancia a cargo de la parte demandada PROTEGEMOS FILIAL BOGOTÁ SAS por ser la vencida en juicio de conformidad con lo dispuesto en el artículo 365 del CGP.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, proferida por el Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá, por las razones anteriormente expuestas.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo la demandada PROTEGEMOS FILIAL BOGOTÁ SAS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE


ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado



DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ
Magistrada



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN
Magistrada

AUTO DEL PONENTE:

Se fijan como agencias en derecho en esta instancia a cargo de la parte demandada PROTEGEMOS FILIAL BOGOTÁ SAS la suma de \$1.160.000.



ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO
Magistrado Ponente