REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-028-2020-00421-01
DEMANDANTE:	MARY LUZ AMEZQUITA ALFONSO
DEMANDADO:	MARÍA ODILIA VANEGAS MORA
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 9 de febrero de 2023
JUZGADO:	Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Contrato de trabajo-prestaciones
DECISIÓN:	REVOCA PARCIALMENTE

Hoy, treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la DEMANDADA contra la sentencia del 9 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MARY LUZ AMEZQUITA ALFONSO** contra **MARÍA ODILIA VANEGAS MORA**, con radicado No. **11001-31-05-028-2020-00421-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

La promotora de la acción pretende se declare que entre los extremos procesales existió un contrato realidad del 1º de febrero de 2018 al 1º de febrero de 2020, el cual se renovó entre esta última fecha y el 1º de febrero de 2021. En consecuencia, solicita se condene a la demandada a pagar a su favor las

[1] Archivos 01 del Expediente Digital

cesantías, los intereses a las cesantías, las primas de servicios y las vacaciones, causadas entre el 19 de febrero de 2019 y el 1º de febrero de 2020, así como los aportes a pensión por los períodos comprendidos entre el 1º de febrero de 2018 y el 1º de febrero de 2020, junto con la indemnización por despido sin justa causa, la indemnización moratoria, la sanción por falta de consignación de las cesantías, lo que resulte *probado ultra y extra petita* y las costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que fue vinculada por la demandada mediante contrato de trabajo a término fijo a un año desde el 1º de febrero de 2018, para desempeñar el cargo de servicio doméstico. Que prestó sus servicios de lunes a viernes de 8 a.m. a 5 p.m., sin hora de almuerzo y los sábados de 7:30 a.m. a 2 p.m. Que el contrato de trabajo se renovó para el período comprendido entre el 1º de febrero de 2019 y el 1º de febrero de 2020, dentro del cual su asignación salarial fue equivalente al salario mínimo legal. Que el 8 de enero de 2020, la demandada de manera unilateral y sin justa causa dio por terminada la relación laboral, omitiendo el preaviso de 30 días previsto en el artículo 46 del CST. Que entre el 1º de febrero de 2019 y el 1º de febrero de 2020, no le fueron canceladas las cesantías, los intereses a las cesantías, las primas de servicios y las vacaciones, además, no efectuó los aportes a pensión entre el 1º de febrero de 2018 y el 1º de febrero de 2020. Que la accionada omitió reconocer a su favor la liquidación del contrato de trabajo, así como la indemnización por despido sin justa causa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[2]

La demandada se opuso a todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra, aduciendo para el efecto que entre los extremos procesales se celebró contrato de trabajo a término fijo, el cual finalizó por vencimiento del plazo fijo pactado, que se concretó con la comunicación realizada en los términos del artículo 46 del CST y, de forma verbal desde el mes de octubre de 2019. Añadió que siempre actuó de buena fe, reconociendo la totalidad de acreencias laborales causadas a favor de la trabajadora.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Cumplimiento de las obligaciones laborales e inexistencia de obligación y cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.

[2] Páginas 2 a 11 Archivo 09 Expediente Digital.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 9 de febrero de 2023, declaró que entre la demandante y la accionada existió una relación laboral, regida por un contrato de trabajo a término fijo a un año, vigente entre el 1º de febrero de 2018 al 1º de febrero de 2020; condenó a la llamada a la acción a pagar a favor de la activa la suma de $10.533.624 por concepto de indemnización por despido sin justa causa, valor que deberá ser cancelado debidamente indexado al momento de su pago; condenó a la demandada a reconocer y pagar a la actora las sumas de $418.198 por cesantías, $35.200 por intereses a las cesantías, $763.245 por prima de servicios y $381.620 por vacaciones, suma está debidamente indexada a la data del pago; condenó a la llamada a juicio a trasladar a favor de la demandante la suma correspondiente al pago de aportes pensionales para el mes de enero de 2020, con base en el cálculo actuarial que efectúe Colpensiones, tomando como salario el valor de $877.802; condenó a la demandada a pagar a la actora la indemnización moratoria que corresponde a la suma diaria de $29.260 desde el 2 de febrero de 2020 hasta la fecha del pago; absolvió de la demás pretensiones de la demanda incoadas contra la pasiva; declaró no probadas las excepciones de buena fe y prescripción; condenó en costas a la accionada.

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló, en síntesis, que no existe controversia en cuanto a que entre las partes existió una relación laboral regida por un contrato a término fijo de un año, el cual estuvo vigente desde el 1º de febrero de 2018, como así lo acepta la demandada y se avizora en el contrato de trabajo allegado a las diligencias. Añadió que el 8 de enero de 2020, la demandada informó a la trabajadora que el contrato no sería renovado y por ende, terminaría el 1º de febrero de 2020, advirtiendo que conforme a la fecha de inicio de la relación laboral, para que esta no se prorrogara por segunda vez a partir del 1º de febrero de 2020, la accionada tenía hasta el 1º de enero de símil año para comunicar su intención de no continuar con la relación, siendo claro que la terminación lo fue sin justa causa porque, ese aviso se dio de manera extemporánea, máxime que la comunicación verbal de la no renovación del contrato a la trabajadora, desde el mes de octubre de 2019, no tiene ningún efecto, porque ello debe figurar por escrito, conforme al artículo 46 del CST; así, refirió que debe imponerse condena a título de indemnización por despido sin

justa causa, en el valor de los salarios que corresponden al tiempo que faltaba por finalizar la segunda prórroga del contrato de trabajo.

De otro lado, dijo que en el plenario solo se acreditó a través del interrogatorio de parte de la demandante, el pago de la prima correspondiente al primer semestre del año 2019, y si bien en el plenario obra liquidación de prestaciones sociales calendada 30 de enero de 2020, por valor de $1.254.625, lo cierto es que su pago no puede tenerse por demostrado con el solo dicho de las testigos, pues debe obrar en el plenario copia de la consignación que la accionada realizó el día 7 de febrero a favor de la accionante; por tanto, procede el reconocimiento de los valores correspondientes por concepto de prestaciones sociales y vacaciones, causados a favor de la trabajadora.

Dijo que de las pruebas documentales no se advierte el pago del aporte a pensión correspondiente al mes de enero de 2020, siendo lo procedente impartir condena por dicho ciclo. En cuanto a la sanción por falta de consignación de las cesantías, refirió que no procede su reconocimiento, puesto que en la demanda se reclamó el pago de las cesantías correspondientes a los años 2019 y 2020, frente a las cuales no procedía su consignación, sino su entrega directamente a la trabajadora.

Finalmente, sobre la indemnización moratoria manifestó que la omisión en el pago de las prestaciones sociales a favor de la trabajadora, denota una conducta de mala fe de la empleadora, toda vez que no media ninguna justificación para ello, por manera que procede el pago de dicha indemnización.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que en el expediente, se aportó en el "*archivo 9 pdf 10"*, comprobante de la consignación realizada a título de prestaciones sociales a la aquí accionante, el cual denota que se hizo un pago por el valor de $1.270.000 a cuenta que se encuentra a nombre de la demandante, terminada en los dígitos 7273, de suerte que si bien conforme a la liquidación del Juzgado de Conocimiento, la suma no coincide, al punto de no incluir el valor de las vacaciones, lo cierto es que el pago del valor anotado sí se realizó de manera

efectiva, acotando que la diferencia obedeció a un error en el cálculo de las acreencias adeudadas a la accionante.

Así dijo que, se allegaron los elementos de juicio que permiten demostrar el pago de las prestaciones sociales generadas a favor de la trabajadora, así como el reconocimiento de los aportes a la seguridad social, generados durante la vigencia de toda la relación laboral, siendo claro que no se desconoció derecho alguno radicado en cabeza de la activa, circunstancia que impide endilgarle mala fe en su actuar, durante la vigencia del contrato de trabajo, misma que no fue demostrada si quiera de manera sumaria por el extremo activo, como requisito esencial para la procedencia de la indemnización moratoria.

Resaltó que en el archivo 10 se adjuntaron conversaciones en las que se demuestra que la demandante al 10 de febrero de 2020 ya tenía una nueva relación laboral, denotando que tenía conocimiento de la terminación del contrato de manera anticipada, por tanto, aunque es procedente la indemnización por despido sin justa causa, la misma no tiene lugar en los términos resueltos por la falladora de primer grado, porque debe tenerse en cuenta los servicios efectivamente prestados y, en esa medida, su liquidación no es dable basarla en el período completo de la prórroga, sino por lo que *"hiciera falta del contrato que se estaba ejecutando en su momento"*.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se

permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite,* primero, determinar si la demandada acreditó el pago de las prestaciones sociales debidas a la trabajadora a la finalización del vínculo laboral, así como el pago de los aportes a seguridad social por toda la relación laboral, y por ende, si es procedente o no, imponer condena por concepto de indemnización moratoria; segundo, definir si la indemnización por despido sin justa causa reconocida por el Juzgado de Conocimiento, se ajustó a los parámetros previstos para la modalidad del contrato a término fijo.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero establecer que en el caso puesto a consideración de la Sala de Decisión, no media discusión respecto de los siguientes supuestos fácticos: **1.** Que el 1º de febrero de 2018 entre los extremos procesales se celebró contrato de trabajo a término fijo de un año, el cual terminó el 1º de febrero de 2020, como así lo aceptó la demandada en su contestación y se corrobora del contrato de trabajo escrito y de la comunicación de su finalización extendida a la trabajadora (páginas 14 a 16 Archivo 09 del ED); **2.** Que el contrato de trabajo se prorrogó en dos ocasiones, siendo terminado sin justa causa por la empleadora, en tanto entregó a la demandante el preaviso de no renovación del mismo de manera extemporánea, en tanto ya había operado la segunda prórroga del vínculo laboral, pues así fue declarado por el Juzgado de Conocimiento, y sobre ello no se advierte ninguna controversia o reproche por las partes en el recurso de alzada.

Definido lo anterior, procede la Colegiatura a desatar los puntos de apelación esgrimidos por la parte demandada, para lo cual se tiene que esta se aparta de la decisión de la Juez A quo, en tanto impuso condena en su contra por concepto de prestaciones sociales y vacaciones, a pesar que, según su dicho, allegó las documentales idóneas para acreditar el pago de la liquidación del vínculo laboral que efectuó a favor de la demandante.

Sobre este aspecto, se impone indicar que, desde la demanda, la convocada echa de menos el reconocimiento y pago únicamente de las cesantías, los intereses a las cesantías, las primas de servicios y las vacaciones que se causaron a su favor entre el 1º de enero de 2019 y el 1º de febrero de 2020, siendo oportuno acotar, que en su interrogatorio de parte la señora

Amezquita Alfonso, confesó que su empleadora le efectuó el pago de la prima correspondiente al primer semestre del año 2019 (Min. 20:09 – 24:20 Archivo 14 del ED), por manera que, en su estudio, la Sala debe verificar si en efecto en el presente caso se acreditó el pago de las demás acreencias laborales debatidas, esto es, las cesantías, los intereses a las cesantías causadas entre el 1º de enero de 2019 y el 1º de febrero de 2020, así como la prima de servicios del segundo semestre de 2019 y de los 30 días de enero de 2020.

Así las cosas, procede la Sala de Decisión a revisar la prueba documental obrante en las diligencias, encontrando que a páginas 17 y 18 del Archivo 09 del ED, la demandada allegó dos liquidaciones de prestaciones sociales, en las cuales se observa que por el año 2019 procedió a reconocer las cesantías por valor de $932.148 y los intereses a las cesantías por valor de $111.943, valores hallados incluyendo el salario mínimo legal y el auxilio de transporte. Asimismo, se constata que la encartada realizó la liquidación de los días laborados en el año 2020 por la aquí demandante, reconociendo a título de cesantías $81.721, por prima de servicios $81.721, por intereses a las cesantías $9.807 y por vacaciones $36.575. Todo lo anterior, arroja un total de $1.254.625 liquidados por prestaciones sociales y vacaciones por parte de la demandada; sin embargo, en dichos cálculos no se incluyeron las vacaciones correspondientes al año 2019, que equivalen a $414.058 y la prima de servicios del segundo semestre de 2019, que equivale también a $414.058.

Ahora bien, tal y como lo aduce la parte accionada en su alzada, a folio 47 del archivo 09 del expediente digital, obra consignación realizada a favor de la señora Mary Luz Amezquita, a la cuenta terminada en 7273, de fecha 7 de febrero de 2020, es decir, efectuada 6 días después de la terminación del vínculo laboral, por valor total de $1.270.000, siendo claro que, contrario a lo resuelto por la falladora de primer grado, la encartada sí efectuó pago a favor de la convocante por la liquidación de su contrato de trabajo, incluso en valor superior al que ella halló en dicha liquidación, quedando pendiente a favor de la trabajadora un saldo por las vacaciones del año 2019 y la prima del segundo semestre de símil año de $812.116.

En ese orden, considera la Sala que la Juez A quo se equivocó en su decisión al no tener en cuenta el pago aludido, y en esa medida habrá de revocarse la decisión opugnada de manera parcial, para en su lugar, imponer

condena a cargo de la señora María Odilia Vanegas y a favor de la demandante, por valor total de $812.116, el cual, se insiste, incluye las vacaciones de 2019 y la prima del segundo semestre de tal año.

Ahora bien, en punto de los aportes a seguridad social correspondientes al ciclo de enero de 2020, que fue reconocido por el Juzgado de Conocimiento a favor de la demandante, se impone indicar que contrario a lo referido en la alzada, en el *paginario* no se advierte ninguna prueba documental tendiente a acreditar su reconocimiento ante la administradora de pensiones a la cual está afiliada la accionante, motivo por el cual acertó la A quo en ordenar su pago por parte de la llamada a la acción.

En punto de la indemnización moratoria, recuérdese que con base en lo estipulado en el artículo 65 del C.S.T., modificada por el artículo 29 de la ley 789 de 2002, se debe precisar que la Corte Constitucional por medio de la Sentencia C-781/03, al estudiar la constitucionalidad de la norma, realizó las consideraciones sobre este punto, definiéndola *"…como un mecanismo de reparación al trabajador respecto de la mora del empleador, instrumento que operaba al margen de las motivaciones de la terminación del vínculo laboral".*

Así, con base en la normatividad resultante de la reforma introducida por la Ley 789/02, esta Corporación identifica las condiciones fácticas que deben reunirse para la exigibilidad de la indemnización. Al respecto, se establece que los elementos de procedencia radicaban en: *"i) que haya terminado la relación laboral; ii) que el empleador este debiendo al trabajador salarios y prestaciones y no las pague en el momento de dicha terminación; iii) que no se trate del caso en que procede la retención de dichos salarios y prestaciones; y, iv) que no se haya consignado el monto de la deuda confesada por el empleador en caso de que no haya acuerdo respecto del monto de la deuda, o que el trabajador se haya negado a recibir el pago"*.

Ahora, es bien sabido que la sanción moratoria del artículo 65 del CST no opera de forma automática, en tanto que sus orígenes devienen del incumplimiento del empleador de ciertas obligaciones, por lo que gozan de una naturaleza sancionatoria, y en consecuencia, su imposición está condicionada al examen, análisis o apreciación de los elementos subjetivos relativos a la buena o mala fe que guiaron la conducta del empleador, pero es a este a quien le corresponde demostrar que su conducta omisiva en el pago de salarios y

prestaciones sociales al terminar el contrato estuvo asistida de buena fe (Sentencia SL4256-2022).

La Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia ha señalado que obrar de buena fe equivale a "*obrar con lealtad, con rectitud y de manera honesta, es decir, se traduce en la conciencia sincera, con sentimiento suficiente de lealtad y honradez del empleador frente a su trabajador, que en ningún momento ha querido atropellar sus derechos; lo cual está en contraposición con el obrar de «mala fe», de quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud (Sentencia CSJ SL, 21 abr. 2009, rad. 35414, reiterada en la SL12854-2016, 24 agosto 2016, rad. 45175)".*

Sobre esa buena fe, también ha explicado la Sala Laboral de la Corte, para los casos en que realmente se adeuda salarios y prestaciones sociales a la terminación del contrato de trabajo, es la de que el empleador está convencido que nada se debe, siempre y cuando dicha creencia esté debidamente fundamentada, es decir, cuando manifiestamente se advierta que está ausente de cualquier intención en perjudicar patrimonialmente al trabajador (Sentencia CSJ, 9 mayo 2006, rememorada en la del 24 de enero de 2012, rad. 36447).

En el caso bajo estudio, advierte la Sala que contrario a lo definido por el Juzgado de Conocimiento, no es posible imponer condena a título de indemnización moratoria, toda vez que las pruebas aportadas al proceso la demandada sí logró establecer que a la terminación del vínculo laboral sí obró de buena fe, pues conforme se indicó con anterioridad, la empleadora no sólo procedió a efectuar la liquidación de prestaciones sociales y salarios debidos a la trabajadora a la data del finiquito, sino que realizó el pago de dichas acreencias 6 días después de la terminación, lo cual denota que tuvo la clara intención de honrar sus obligaciones existentes para con la trabajadora, y si bien, quedó un saldo pendiente a título de prima de servicios del segundo semestre del año 2019, la Colegiatura entiende que ello se debió más a un error de liquidación, que a una intención maliciosa de desconocer esa obligación.

Nótese, además, que durante toda la relación laboral la accionada reconoció a la demandante las demás acreencias laborales generadas a favor de esta, pues como se dijo, la demandante en su *libelo genitor* solo reclamó el pago de lo causado durante el último año de prestación de servicios, confesando

además, en su interrogatorio de parte que se le pagó la prima del primer semestre del años 2019.

Por tanto, el Tribunal considera que la condena impartida a título de indemnización de que trata el articulo 65 del CST, ha de ser revocada, al encontrar acreditado que la señora Vanegas Mora actuó de buena fe en el pago de salarios y prestaciones generadas en favor de la demandante.

En punto de la indemnización por despido injusto debatida, ha de decir la Sala que, en el presente caso, no obra discusión en cuanto a que el contrato que unió a las partes lo fue bajo la modalidad a término fijo de un año, y que el mismo fue terminado por la empleadora sin justa causa, porque extendió comunicación de no renovación a la demandante, cuando ya había operado la segunda prórroga del vínculo laboral. Bajo ese escenario, es claro que la indemnización por despido sin justa causa se debe calcular teniendo en cuenta el valor de los salarios correspondientes al tiempo que faltare para cumplir el plazo estipulado en el contrato a término fijo, pues así lo prevé el artículo 64 del CST.

En esa medida la indemnización aludida equivale a los salarios correspondientes al período comprendido entre el 1º de febrero de 2020 y el 31 de enero de 2021, que asciende a $10.535.088, cifra que es sutilmente superior a la establecida por el Juzgado de Conocimiento, cuya decisión no se modificará, en virtud del principio de la no *reformatio in pejus*.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será revocada parcialmente en los términos indicados. Sin costas en esta instancia dada la prosperidad parcial del recurso de apelación.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR el **NUMERAL TERCERO** de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá el 9 de febrero de 2023, para en su lugar condenar a la demandada a pagar a favor de la

demandante únicamente la suma total de $812.116, por concepto de vacaciones de 2019 y la prima del segundo semestre de tal año, la cual deberá indexarse a la fecha de pago, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

SEGUNDO: REVOCAR el **NUMERAL QUINTO** de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá el 9 de febrero de 2023, para en su lugar, ABSOLVER a la demandada de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: REVOCAR PARCIALMENTE el **NUMERAL SÉPTIMO** de la sentencia proferida por el Juzgado Veintiocho (28) Laboral del Circuito de Bogotá el 9 de febrero de 2023 respecto de la excepción de buena fe, para en su lugar, declararla probada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta sentencia.

CUARTO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia aquí estudiada.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-029-2020-00240-01
DEMANDANTE:	JORGE RICARDO CORTÉS RUÍZ
DEMANDADO:	AVIANCA S.A. Y OTRO
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 16 de enero de 2023
JUZGADO:	Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Factor salarial-reliquidación prestaciones
DECISIÓN:	REVOCA

Hoy, treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación formulados por las demandadas AVIANCA S.A. y CAXDAC contra la sentencia del 16 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario laboral promovido por **JORGE RICARDO CORTÉS RUÍZ** contra **AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO-AVIANCA S.A.** y **CAJA DE AUXILIOS Y DE PRESTACIONES DE LA ASOCIACIÓN COLOMBIANA DE AVIADORES CIVILES ACDAC-CAXDAC** con radicado No**. 11001-31-05-029-2020-00240-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

El promotor de la acción pretende se condene a AVIANCA S.A. a pagarle el mayor valor de la pensión, resultante de incluir el factor salarial de viáticos por alojamiento, en los montos calculados en el dictamen pericial aportado, y en consecuencia, se le condene a reconocerle y pagarle la reliquidación pensional, de manera retroactiva, desde la fecha de reconocimiento pensional, así como el valor de la reliquidación de las cesantías, los intereses a las cesantías, las primas de servicios, las primas de navidad, las primas extralegales variables para pilotos, las vacaciones, la bonificación por lustro, todos ello, causado durante los últimos 3 año, teniendo el valor del promedio real del salario, incluyendo el concepto de viáticos por alojamiento, junto con la indemnización moratoria, la sanción por la no consignación de las cesantías de manera correcta, la indexación y las costas del proceso.

De manera subsidiaria, solicita que se condene a Avianca S.A. a actualizar, reportar y pagar con destino a Caxdac, el valor del cálculo actuarial o el valor diferencial, que corresponde al concepto de viáticos por alojamiento, causados en los 10 años de servicio anteriores al reconocimiento pensional, en los montos que fueron calculados en el dictamen pericial aportado, o los valores que resulten probados, y en consecuencia, se condene a Caxdac a que una vez Avianca pague dicho valor, proceda a reliquidar su pensión y cancelarle los valores producto de esa reliquidación de manera retroactiva, desde la fecha de reconocimiento pensional y hasta el pago efectivo.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que trabajó para Avianca S.A. del 7 de mayo de 1984 al 25 de mayo de 2018, desempeñándose en el cargo de piloto A-330, en virtud del cual se le pagaba un salario variable que estaba compuesto por los conceptos descritos en la cláusula 91 de la Convención Colectiva de Trabajo (salario global), más otros factores de naturaleza salarial, tales como viáticos que la empresa cancelaba de manera permanente por concepto de manutención. Que el salario pagado durante su vínculo laboral no

[1] Páginas 2 a 30 Archivo 01 del ED.

incluía el pago de los viáticos por alojamiento. Que fue pensionado por Caxdac desde el 1º de enero de 2018, acotando que la prestación de vejez le fue liquidada sin tener en cuenta el factor salarial de viáticos por alojamiento. Que la clasificación de viáticos por alojamiento está determinada en la cláusula 120 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita entre Avianca y Acdac, así como en el Manual de Operaciones de Vuelo, dentro del capítulo de normas y políticas administrativas.

Añadió que para el número de noches que requería pernoctar según el itinerario de vuelo asignado, siempre se hospedó en los hoteles que la demandada Avianca S.A. tenía contratados para este propósito en los diferentes países donde realiza su operación de vuelo y nunca acudió a un sistema de alojamiento diferente, como tampoco recibió suma alguna por parte de la empleadora, a fin de reembolsar pagos por concepto de habitación u hospedaje.

Señaló que en los hoteles contratados por Avianca S.A. no se utilizaba el sistema común de ingreso y salida (check in – check out), pues únicamente se manejaba un *"general declaration"* y unas listas o planillas de ingreso y salida que el hotel tenía previamente sobre cada tripulación, sin que a los trabajadores se le entregara registro o factura alguna por estadía, ya que el pago era realizado por la demandada directamente al hotel, mediante procedimiento interno entre las partes; además, dijo que los viáticos por alojamiento no fueron reportados durante el transcurso de la relación laboral sobre las cotizaciones a pensión realizadas por la empleadora a Caxdac. Que Avianca nunca le especificó, ni le informó en comprobante de pago de nómina, recibo o por cualquier medio físico o verbal, el valor mensual pagado por viáticos. Que a la data de terminación de la relación laboral, todas las prestaciones le fueron liquidadas sin tener en cuenta el mentado factor salarial.

Adujo que en respuesta a derecho de petición elevado ante Avianca S.A., se negó a certificar el valor cancelado por alojamiento, bajo el argumento que no existe un control individualizado del uso de las habitaciones, y en cuanto a los contratos hoteleros, se negó a entregar copia de estos, hasta tanto no exista una orden por parte de una autoridad judicial, dado su carácter de confidencialidad.

Que en todo caso, con los documentos que la demandada Avianca certificó, se acudió a perito calculista, para que cuantificara los viáticos por concepto de alojamiento, quien además, tuvo en cuenta para el efecto, los convenios y contratos hoteleros suscritos por Avianca S.A. con diferentes hoteles en el mundo, los cuales fueron aportados por la empleadora, previa orden judicial en los procesos identificados con los números de radicados 11001310500520140066000 y 11001310500520140064300.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **CAXDAC** se opuso a todas las pretensiones de la demanda, argumentando que lo pretendido hace alusión a una entidad diferente a la caja, pues los pedimentos del actor se circunscriben de manera exclusiva a la relación existente entre trabajador y empleador. Añadió que de proceder el reconocimiento de los viáticos por alojamiento como factor salarial, debe considerarse que el legislador fue claro en limitar el ingreso base de cotización al tope de los 25 SMLMV, por lo que a la fecha no existe fuente normativa que permita reconocer la pensión, sin los topes establecidos en la Ley 100 de 1993.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, carencia de respaldo normativo, buena fe, prescripción, compensación, principio de legalidad en aplicación del artículo 18 de la Ley 100 de 1993 a favor de Caxdac y la genérica[2].

Por su parte, la demandada AVIANCA S.A. se opuso a las pretensiones de la demanda, aduciendo que la pensión del actor ha sido reconocida por Caxdac en debida forma, dado que como empleadora efectuó los aportes teniendo en cuenta el salario devengado por este, incluyendo los viáticos según la incidencia salarial que estos tenían. Añadió que reconoció al demandante los viáticos de conformidad con lo pactado en la Convención Colectiva de Trabajo, conforme a los criterios de tiempo y geografía, reconociendo siempre su incidencia salarial, en los términos pactados en ese acuerdo. Resaltó que la

[2] Páginas 3 a 18 del Archivo 06 del ED.

pensión de jubilación reconocida con cargo a recursos parafiscales por parte de Caxdac, atendió el tope máximo legal aplicable al RPM administrado por dicha caja.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción, pago, pensión reconocida con el tope legal aplicable a las pensiones de jubilación reconocidas por administradoras de prima media con prestación definida como lo es Caxdac, la naturaleza de los beneficios convencionales recibidos por el trabajador, inexistencia de la obligación, buena fe, compensación y la genérica[3].

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 16 de enero de 2023, declaró que la demandada Avianca S.A. generó viáticos por alojamiento a favor del demandante, los cuales no fueron incluidos como factor salarial; condenó a Avianca S.A. a pagar al actor por concepto de reliquidación de prestaciones sociales, las siguientes sumas de dinero: $2.271.759 por concepto de cesantías, $52.005 por intereses a las cesantías, $543.606 por primas de servicios, $271.803 por vacaciones, sumas que deberán ser indexadas según el IPC certificado por el Dane; condenó a Avianca S.A. a pagar a Caxdac y a favor del demandante, la reliquidación de los aportes pensionales junto sus intereses moratorios por el período comprendido entre el 1º de enero de 2008 y el 1º de mayo de 2018, teniendo en cuenta los viáticos por alojamiento discriminados en el acta visible en el archivo 33 del ED; ordenó a Caxdac que una vez sean recibidos los pagos ordenados a Avianca S.A., proceda a realizar la reliquidación de la pensión del actor; declaró parcialmente probada la excepción de prescripción respecto de las prestaciones causadas con anterioridad al 11 de agosto del 2017, a excepción de los pagos de seguridad social; condenó a Avianca S.A. reconocer y pagar al actor la indemnización moratoria del artículo 65 del CST, los intereses a la tasa máxima certificada por la Superintendencia Financiera generados de la condena establecida en el numeral segundo de la sentencia y hasta que se haga efectivo

[3] Páginas 3 a 17 Archivo 07 del ED.

el pago; condenó a Avianca S.A. a reconocer la sanción por la no consignación de las cesantías por valor de $60.639.011; condenó en costas al extremo pasivo.

Como fundamento de su decisión, manifestó la *A quo* en primer lugar, que conforme al artículo 130 del CST, la cláusula 120 de la Convención Colectiva de Trabajo y lo señalado por Avianca en su contestación, no existe duda que los viáticos por alojamiento constituyen factor salarial, por lo que tal concepto debió ser tenido en cuenta por la empleadora al momento de realizar los pagos de las prestaciones sociales y los aportes a la seguridad social del demandante.

Adujo que, con los itinerarios de vuelo realizados por el actor durante los 10 años anteriores a la finalización del vínculo laboral, es claro que realizaba operaciones a destinos nacionales e internacionales, cuyo retorno era en fecha posterior a las horas señaladas en la Convención Colectiva de Trabajo, por lo cual debía hacer uso en dichos casos de las habitaciones que eran contratadas por la compañía demandada para el descanso. Además, indicó que conforme a lo manifestado por los testigos Avianca era la encargada de contratar las habitaciones del hotel, acotando que en cada destino solo había un hotel designado, al cual era trasladada la tripulación y que para su ingreso se echaba mano de una lista generada por la propia compañía, resaltando que también fueron aportadas las copias de los contratos celebrados por la demandada con las cadenas hoteleras.

Dijo que conforme a la sentencia SL2123-2022, no puede imponérsele al demandante la carga de allegar la documentación específica sobre la causación y el valor del alojamiento, cuando es Avianca la llamada a suministrar esa información, al encontrarse en mejor posición para el efecto. Agregó que el dictamen pericial arrimado a las diligencias tuvo en cuenta el valor de los viáticos de los contratos de que se tiene conocimiento, acotando que frente a los no aportados, se aplicó la tarifa del contrato más antigua, e igualmente, tuvo en cuenta la TRM de cada año, para determinar el valor del alojamiento en pesos colombianos, considerando además, para las noches de pernocta, los itinerarios de vuelo, según la fecha y hora de llegada a la ciudad de destino, lo cual le resulta

lógico al Juzgado de Conocimiento, al observar esos itinerarios de vuelo, y teniendo en cuenta la diferencia horaria de cada una de las ciudades de destino.

Dijo que el hecho de no acreditar el perito su calidad de contador, no le resta idoneidad, como quiera que, conforme a la experiencia por este aducida, maneja este tipo de conocimientos para realizar los cálculos exigidos, siendo procedente tomar los valores de viáticos por alojamiento que se discriminan en el peritaje y se detallan en el acta de la respectiva audiencia.

Señaló que conforme a la fecha de terminación del contrato de trabajo del actor (25 de mayo de 2018) y la data en que se formuló la demanda (11 de agosto de 2020), operó el fenómeno de la prescripción sobre las prestaciones causadas con anterioridad al 11 de agosto de 2017, salvo los aportes a seguridad social, dada su calidad de imprescriptibles. Así, señaló que procede la reliquidación de las cesantías, los intereses a las cesantías, las primas de servicios, y las vacaciones causadas desde dicha data.

Refirió que Avianca dejó de tener en cuenta los viáticos de alojamiento a la hora de liquidar las prestaciones sociales y los aportes a la seguridad social, sin justificación alguna, porque los mismos tenían connotación salarial, conforme a la Convención Colectiva y lo aceptado por la propia empleadora, de suerte que es procedente reconocer la indemnización moratoria, bajo el entendido que procede a favor del actor los intereses moratorios liquidados sobre las prestaciones debidas, dado que la demanda se formuló después de los 24 meses de que trata el artículo 65 del CST. En igual sentido, adujo que es procedente la sanción por falta de consignación de cesantías, por las cesantías completas del año 2017, que se genera desde el 15 de febrero de 2018 hasta el finiquito laboral, el que ocurrió el 25 de mayo de 2018.

Concluyó indicando que una vez Avianca S.A. pague la reliquidación de los aportes a pensión a favor del acto, Caxdac deberá proceder a reliquidar la pensión que reconoció a su favor.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **AVIANCA S.A.** formuló recurso de apelación aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, contrario a lo indicado por el Juzgado de Conocimiento, no era la encargada de probar la causación de viáticos por alojamiento, pues conforme al artículo 167 del CGP quien tiene el deber de probar los supuestos fácticos de sus pretensiones era el demandante, además, porque el Despacho en la audiencia de que trata el artículo 77 del CPT y de la SS, no invirtió la carga de la prueba, imponiendo la misma en cabeza de Avianca, de manera que al desconocer la norma procesal en cita, que es de obligatorio cumplimiento, se vulnera el derecho de defensa y contradicción de la sociedad, previsto en el artículo 29 de la CP. Además, señaló que quien está en la mejor posición de probar la pernocta es el demandante, por ser quien viajó y eventualmente se hospedó en los hoteles contratados por Avianca, pues la empleadora simplemente cumplió con su deber de suministrar el alojamiento en los términos de la Convención.

Dijo que discrepa de la valoración efectuada por el Despacho sobre los itinerarios de vuelo, porque los mismos no acreditan la existencia de una pernocta, y esto lo corrobora el perito cuando rinde su declaración, además porque los mismos solo dan fe de la hora de salida y llegada del vuelo, sin que se pueda establecer que el actor utilizó los hoteles contratados por Avianca S.A.

Señaló que no es adecuada la valoración del Juzgado de Conocimiento sobre los testigos, porque ninguno dijo que era obligatorio utilizar los hoteles dispuestos por Avianca, antes bien, conforme a la declaración de Sonia Clemencia Marta Castro y Carlos Sinisterra Pardo, se tiene que el demandante podía quedarse por fuera del hotel y que ello era decisión del trabajador, como así lo refirió Sinisterra.

Añadió que la testigo Claudia Panqueva manifestó que New York, Miami y Río de Janeiro, eran destinos que no requerían una pernocta, aunado a que había cambios en las cadenas hoteleras, de suerte que la causación del viático era incierta, porque no hay certeza de que el actor haya pernoctado en esos hoteles.

Refirió que Carlos Sinisterra también dijo que había vuelos que no requerían pernoctas, como los de Miami, Quito, Caracas, Lima y que también había variaciones en las cadenas hoteleras, como es el caso de New York, los Ángeles, Sao Pablo, Rio de Janeiro, resaltando que cuando se presentan esas variaciones, se modifica el monto del viático, porque cada contrato hotelero se pactó en condiciones diferentes frente a la tarifa del hotel.

Manifestó que las normas procesales son totalmente claras en cuanto al dictamen pericial, pues el artículo 226 del CGP establece uno requisitos generales que deben acreditar los peritos, de suerte que el peritaje allegado al proceso no podía ser realizado por un profesional que no acredita su tarjeta profesional, además, la experiencia que encontró demostrada el Despacho, en la realidad, no se encuentra acreditada, porque el perito no indicó en qué otros procesos liquidó viáticos por alojamiento. También señaló que existen varias razones para dejar sin efectos el peritaje, pues el perito acepta en su declaración que no hay una casilla dentro del itinerario de vuelo del actor, que permita corroborar que este pernoctó en los hoteles contratados por Avianca, siendo claro que el mismo partió de simples suposiciones; aunado a ello, no se podía realizar el peritaje sin tener en cuenta la divisa de los países de los hoteles, pues solo se toma el valor en dólares, porque esa es la divisa que Avianca maneja.

Precisó que el perito para llenar los vacíos existentes, tomó contratos anteriores, basándose en una teoría que no tiene ningún tipo de soporte, es decir, parte de un contrato conocido cuando no existe contrato vigente, aplicando de esta manera un acto que no ha nacido a la vida jurídica.

Dijo que el Juzgado de Conocimiento tuvo en consideración una sentencia de la Corte Suprema de Justicia que no se encuentra ejecutoriada y que no imparte condena en contra de Avianca, acotando que las consideraciones allí expuestas no atan al juez colegiado y no pueden ser entendidas como precedente jurisprudencial. Señaló que en todo caso, el juez se encuentra sometido a la ley, que para el caso lo es el artículo 167 del CGP, siendo la jurisprudencia un criterio de naturaleza supletoria. Sumado a ello, señaló que

este Tribunal dentro del proceso 29 2020 00067, revocó la sentencia de primer grado, para en su lugar, absolver a Avianca de las pretensiones, sin acatar o atender dicho precedente, lo cual fue ratificado por esta Corporación en 3 o 4 decisiones diferentes.

Sobre la certificación expedida por el Juzgado 39 Laboral del Circuito de Bogotá que consideró la A quo para llenar los vacíos en los cuales no existe contrato hotelero, dijo que debe existir una valoración de esa prueba trasladada en el otro proceso, que lo fue el 2018 00661, sin embargo, en la sentencia proferida en dicho trámite, no se hizo mención a tal certificación y aun no se cuenta con fallo de segunda instancia en el mismo. Aunado a ello, refirió que el Juzgado 39 Laboral del Circuito había solicitado una ampliación del dictamen pericial y la certificación aludida surgió con base en particularidades propias de ese proceso, esto es, teniendo en cuenta contratos hoteleros correspondientes a períodos disímiles a los del presente trámite.

De otro lado, adujo que la condena impuesta por la falladora de primer grado, no tuvo en cuenta que la pensión reconocida al actor, consideró las disposiciones del artículo 18 de la Ley 100 de 1993, el cual establece los topes máximos de cotización, situación que impide reliquidar la prestación de vejez, pues de no ser así, se desconocería dicha disposición normativa y la sentencia C-078 de 2017.

Advirtió que no existe mala fe de Avianca porque el demandante nunca presentó una solicitud que pusiera en tela de juicio la forma en la cual se estaban reconociendo esos viáticos de alojamiento, además, las partes siempre actuaron bajo el pleno convencimiento de que la empleadora estaba reconociendo de manera completa y oportuna las acreencias generadas a favor del demandante.

Concluyó que no puede aducirse que Avianca ha interpretado de mala fe la Convención Colectiva de Trabajo sobre la forma de reconocimiento de los viáticos, esto es, a través de los gastos de representación que no fueron mencionados por el Despacho y deben ser tenidos en cuenta para efectos de la compensación.

A su turno, la demandada **CAXDAC** formuló recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia que, no se puede desconocer que conforme a la historia laboral del demandante, se efectuaron cotizaciones sobre el tope máximo establecido en el artículo 18 de la Ley 100 de 1993, de suerte que los pagos adicionales que efectúe Avianca por orden de la falladora de primer grado, muy seguramente superarán ese tope legalmente previsto, lo cual debe ser valorado por el Tribunal, puesto que el Sistema de Seguridad Social Integral no permite efectuar la reliquidación pensional ordenada en la sentencia que se confuta, porque ello contraría la Ley 100 de 1993.

Advirtió que se equivoca el Despacho al ordenar a Avianca la reliquidación de los aportes efectuados a favor del actor entre los años 2008 y 2018, toda vez que el derecho a la pensión del demandante, fue reconocido desde el año 2014, siendo claro que la orden impuesta por el Juzgado desconoce la fecha a partir de la cual el Capitán comenzó a disfrutar su derecho pensional, lo cual implica que este punto debe ser objeto de revisión por parte del Tribunal.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia y los argumentos expuestos en el recurso de apelación, esta

Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si le asiste derecho a la parte actora a la reliquidación prestacional y pensional reclamada en la demanda, teniendo en cuenta para ello, el valor de los viáticos por alojamiento como factor salarial, en los términos concluidos por el Juzgado de conocimiento, e igualmente, si existe mérito para impartir condena por concepto de indemnización moratoria y sanción por falta de consignación de las cesantías, conforme así lo concluyó la falladora de primer grado.

CONSIDERACIONES

En el presente asunto no es materia de discusión los siguientes supuestos fácticos: **1.** Que el señor Jorge Ricardo Cortés Ruíz estuvo vinculado con Avianca S.A. del 7 de mayo de 1984 hasta el 25 de mayo de 2018, desempeñando como último cargo el de piloto A 330 (página 62 archivo 07 del ED); **2.** Que Caxdac reconoció a favor del convocante una pensión de vejez desde el 16 de diciembre de 2014, en cuantía inicial de $8.626.406, por tanto, le fue liquidado un retroactivo a su favor hasta el 28 de febrero de 2018, de $396.664.418, que se ingresaría en nómina del mes de abril de 2018, tal y como consta en la comunicación expedida por la mentada caja, de fecha 13 de abril de símil año (páginas 26 a 27 archivo 06 del ED); **3.** Que tampoco fue objeto de debate entre las partes, la incidencia salarial dada por la falladora de primer grado a los viáticos por alojamiento reconocidos al actor, pues nada contradijo la demandada en su alzada sobre tal conclusión, por manera que la Colegiatura en aras de dar respuesta al problema jurídico planteado, centrara su estudio en el material probatorio obrante en las diligencias, para así establecer si el mismo permite la cuantificación de dicho concepto y de contera, si han de salir avante las pretensiones formuladas por el extremo activo, en los términos resueltos por la Juez A quo.

En desarrollo de esa tarea, sea lo primero advertir que, conforme a lo expresado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral, cuando se pretende la reliquidación de las acreencias laborales teniendo en cuenta para ello lo devengado por concepto de viáticos permanentes, es al promotor del juicio a quien le corresponde en virtud de la carga de la prueba prevista en el artículo

167 del CGP, demostrar y cuantificar el monto que individualmente canceló el empleador a su favor.

Así, por ejemplo, en la sentencia SL4032-2017, la Alta Corporación expresó que:

> *"(…) Lo anterior significa, que el ad quem si tenía un respaldo probatorio para obtener la inferencia que se menciona, además* ***que en este asunto el demandante que demandó el pago de viáticos permanentes al igual que la reliquidación de las prestaciones sociales y la pensión por inclusión de factores salariales, era a quien le correspondía demostrar conforme a las reglas de la carga de la prueba, las aseveraciones contenidas en los hechos que soportan sus pretensiones, cuyo incumplimiento trae como consecuencia que las súplicas incoadas no sean acogidas o no puedan tener éxito,*** *como en efecto ocurrió, para lo cual se rememora que «De antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado» (Sentencia CSJ SL, 22 abril 2004, rad. 21779). De ahí que no se transgredió el artículo 177 del CPC hoy 167 del CGP".* (Negrilla fuera de texto).

Asimismo, en sentencia No. de radicación 35818 de 2009, en la cual la Corte Suprema de Justicia analizó un caso similar al que nos ocupa, refirió que:

> *"(…) De otra parte, si bien quedó definida la connotación salarial de los valores que pagó la empresa enjuiciada por el alojamiento de la demandante, bien cierto es que,* ***para que puedan colacionarse en la base para liquidar prestaciones y otros haberes laborales, es indispensable que se cuantifique el monto que individualmente sufragó la empleadora por cada vez que la señora CRUZ ROCA hizo uso de los servicios hoteleros, pero además, es insoslayable identificar el establecimiento en el que pernoctó, con el ineludible propósito de determinar cuál es el valor que debe imputarse al salario de la promotora del proceso, lo que no es posible deducir de las pruebas denunciadas.***
>
> *Ante tan oscuro panorama probatorio, la solución deferida por el ad quem era la que correspondía, pues imposible le resultaba establecer los valores que se dejaron de incluir a efecto de realizar los cálculos que demandaban los reajustes pretendidos, sin dejar de aclarar que lo que la recurrente denomina "principio de favorabilidad", solo opera frente a un conflicto real en las fuentes de derecho, que no ante una incertidumbre fáctica."* (Negrilla fuera de texto).

Teniendo en consideración la jurisprudencia en cita, es claro que se requiere demostrar en forma concreta los días en que pernoctó el demandante en el exterior por cuenta de la empleadora convocada, así como el lugar y el precio del alojamiento de cada noche, como quiera que, a partir de tal información precisa, es posible establecer el valor que la parte actora recibió a título de viáticos por alojamiento.

Analizando las pruebas obrantes en el *paginario*, se observa dictamen pericial que sirvió de soporte a la condena impuesta por la falladora de primer grado, que fue aportado por el mismo actor en su escrito inicial (Archivo 22 del ED), el cual fue objeto de contradicción por Avianca S.A. en la audiencia celebrada el 14 de diciembre de 2022 (Archivo 32 del ED), mismo que ha de reparar la Sala de Decisión, no está llamado a ser considerado para efectos de esta decisión, contrario a la posición que sobre este asumió el Juzgado de Conocimiento, porque como lo refiere la encartada en su recurso de apelación, este no cumple con los presupuestos previstos en el artículo 226 del CGP para el efecto, específicamente con el numeral 3º de la mentada disposición que prevé:

> *"(…) El dictamen suscrito por el perito deberá contener, como mínimo las siguientes declaraciones e informaciones:*
>
> *(…)*
> *3. La profesión, oficio, arte o actividad especial ejercida por quien rinde el dictamen y de quien participó en su elaboración. Deberán anexarse los documentos idóneos que lo habilitan para su ejercicio, los títulos académicos y los documentos que certifiquen la respectiva experiencia profesional, técnica o artística.*
>
> *(…)".* (Subraya fuera de texto).

De cara a lo anterior, se constata que el peritaje allegado por la parte actora con su escrito de demanda, a la data de radicación de esta, que lo fue el 11 de agosto de 2020 (página 54 Archivo 01 del ED), fue rendido por Contador Público, cuyo título de especialización en Actuaría le fue otorgado con posterioridad, esto es, el 23 de marzo de 2022, como se observa en los Archivos 22 y 31 del ED, quien al momento de emitir su dictamen pericial, no contaba la inscripción como Contador Público ante la Junta Central de Contadores, que se acredita mediante su tarjeta profesional, pues nótese que tal documental solo fue

expedida hasta el 14 de diciembre de 2021, es decir, con posterioridad a la emisión de su dictamen, como se constatada de la página 2 del archivo 31 del expediente digital, circunstancia que además fue aceptada por el perito cuando rindió si interrogatorio en la etapa de contradicción del dictamen (min. 08:05 – 36:35 archivo 32 del ED).

En ese orden, es claro que el perito aludido no acreditó a la data de emisión de su experticia, la idoneidad exigida por la normatividad *ejusdem*, pues para ese momento no contaba con la documentación que lo habilitaba para el ejercicio de su profesión como contador, lo cual no solo era indispensable de acuerdo al artículo 266 del CGP, sino también a la luz del parágrafo 3º del artículo 3º de la Ley 43 de 1990, mismo que dispone que *"En todos los actos profesionales, la firma del Contador Público deberá ir acompañado de su tarjeta profesional",* lo que no ocurrió en el presente caso, según la verificación del contenido del dictamen.

De suerte que, para la Sala no era procedente que el Juzgado de Conocimiento considerara el dictamen pericial allegado por la parte actora, obtenido ante un perito que esta negligentemente escogió, dado que este no podía ejercer su profesión de Contador, hasta tanto contara con su inscripción como tal ante la autoridad competente, pues precisamente era dicha inscripción la que le permitía obrar en esa condición. En ese orden, no era posible acoger las pretensiones de la demanda, soportándose en el dictamen elaborado por un perito que no demostró su idoneidad, para la fecha en que lo emitió.

Tampoco era procedente la condena cuando el demandante en los hechos de su demanda, ni siquiera indicó los sitios en los que pernoctó, y no demostró a través de las demás pruebas allegadas al proceso, tales circunstancias, pues nótese que los únicos declarantes que comparecieron al proceso, los señores Erich Block (min. 39:10 – 01:03:54 archivo 32 del ED) y Sonia Clemencia Martha Castro (min. 01:06:34 – 01:25:18 archivo 32 del ED), no dieron fe de las circunstancias particulares de la pernocta del actor, ya que solo precisaron situaciones generales en torno al hospedaje y la experiencia que ellos mismos vivieron sobre la situación, siendo oportuno advertir que aun cuando refirieron que el 90% de los vuelos internacionales implicaban pernocta en el hotel definido

por Avianca en cada ciudad de destino, lo cual era de necesario cumplimiento por estar la tripulación a disposición de la empresa, lo cierto es que sus dichos generan a esta Colegiatura más dudas que certezas, toda vez que también fueron claros en advertir que, era posible que un miembro de la tripulación no pernoctara en la cadena de hotel determinada por la empleadora llamada a la acción, siempre que mediara un permiso previo para el efecto.

De este modo, faltó el demandante a su deber de probar los supuestos de hecho que respaldaban sus pretensiones, pues de las pruebas hasta ahora analizadas nada se deriva en cuanto a los días en que puntualmente pernoctó, ni el lugar preciso en que ello tuvo lugar, lo cual tampoco emana de los contratos celebrados entre Avianca y diversas cadenas de hoteles, obrantes en el archivo 29 del expediente digital, ni de los itinerarios programados entre los años 2008 y 2018 para el aquí demandante, que se observan a páginas 64 a 86 archivo 07 del expediente digital, porque los acuerdos celebrados por Avianca con distintos hoteles, solo dan cuenta de las condiciones en que dichas partes pactaron el alojamiento de los empleados de Avianca, sin que den fe de la pernocta específica del actor, aunado a que de los itinerarios en referencia, solo se tiene información de los vuelos efectuados por el convocante, sus destinos, así como las horas de salida y de llegada de cada uno de ellos, pero no la pernocta del convocante y el lugar en la que esta se llevó a cabo.

En otro giro, ha de decirse que no desconoce la Sala que el Juzgado de Conocimiento también basó su decisión en la sentencia CSJ SL2123-2022, en la cual se indicó por la Corte Suprema de Justicia que era la empleadora Avianca S.A. la llamada a demostrar a través de mecanismos operativos, contables y administrativos si el trabajador había pernoctado en los hoteles contratados por la sociedad, sin embargo, este Tribunal no considera posible echar mano de dicha decisión para sustentar el caso puesto a su estudio, como quiera que la sentencia en referencia fue emitida por la Sala de Descongestión Laboral Nº 3 de la CSJ, la cual no tiene la facultad de modificar la jurisprudencia, pues nótese que conforme al artículo 26 del Acuerdo 48 de 2016 *"Las sala de descongestión actuarán independientemente de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, pero cuando la mayoría de los integrantes de una de aquellas considere procedente*

cambiar la jurisprudencia sobre un determinado asunto o crear una nueva, devolverá el expediente, acompañado del proyecto al despecho de origen para que la sala de casación permanente decida".

Por tanto, la sentencia CSJ SL2123-2022 no tiene alcance en el presente caso, y menos aun contrariando lo que sobre la materia objeto de debate ha indicado la Sala permanente de la Corte Suprema de Justicia, cuya jurisprudencia ya se citó con anterioridad y viene siendo reiterada por otras Salas de Descongestión de la Alta Corporación, pues nótese que en la sentencia SL3865-2020 de la Sala de Descongestión Laboral Nº 4, se reitera la sentencia SL4032-2017, donde se refirió que:

> *"(…) Sobre la necesidad específica de probar los presupuestos de hecho que permiten la configuración de los viáticos permanentes cuando se pretende de estos una reliquidación de acreencias laborales o pensionales, esta Corporación con anterioridad (CSJ SL4032-2017), sostuvo:*
>
> *[…] el demandante que demandó el pago de viáticos permanentes al igual que la reliquidación de las prestaciones sociales y la pensión por inclusión de factores salariales,* ***era a quien le correspondía demostrar conforme a las reglas de la carga de la prueba, las aseveraciones contenidas en los hechos que soportan sus pretensiones, cuyo incumplimiento trae como consecuencia que las súplicas incoadas no sean acogidas o no puedan tener éxito, como en efecto ocurrió****, para lo cual se rememora que «De antaño se ha considerado como principio universal en cuestión de la carga probatoria, que quien afirma una cosa es quien está obligado a probarla, obligando a quien pretende o demanda un derecho, que lo alegue y demuestre los hechos que lo gestan o aquellos en que se funda, desplazándose la carga de la prueba a la parte contraria cuando se opone o excepciona aduciendo en su defensa hechos que requieren igualmente de su comprobación, debiendo desvirtuar la prueba que el actor haya aportado como soporte de los supuestos fácticos propios de la tutela jurídica efectiva del derecho reclamado» (Sentencia CSJ SL, 22 abril 2004, rad. 21779)."* (Negrilla fuera de texto).

Aunado a lo anterior, nótese que la Sala de Descongestión Laboral Nº 1 de la CSJ, en sentencia 1753-2018, moduló que:

> *"(…) teniendo en cuenta que el rubro de «viáticos» comprendía varios conceptos, en la medida que como se demostró los pagos se realizaban de manera global, le* ***correspondía al censor para el éxito de sus pretensiones discriminarlos en debida forma, con el fin de otorgar claridad en lo realmente pretendido, pues el casacionista se limitó a solicitar la revisión de la liquidación definitiva de prestaciones sociales para ver si «se encuentra ajustada a derecho», bajo el argumento que lo pagado era menor a lo que legalmente le correspondía; y por tanto debió haber desplegado una mayor actividad probatoria en las instancias,*** *toda vez que la esfera casacional no es el escenario pertinente para ello, menos aún a través del decreto de un dictamen pericial, para determinar el*

valor del salario en especie y las diferencias salariales o prestacionales, tal y como insiste el censor, pues como bien lo recalcó el Juzgado desde un comienzo, el perito es requerido por su experticia para realizar un estudio minucioso sobre determinada materia, con base en el análisis de la información obrante en el expediente respaldada con medios probatorios, pero no para recaudar pruebas o suplir la actividad probatoria de las partes, como equivocadamente lo cree el recurrente, y en tales condiciones, como bien lo determinaron los jueces de instancia, ante la ausencia de elementos de juicio suficientes a verificar en un dictamen, no resultaba pertinente su decreto y menos en el trámite del recurso de casación.

De todo lo dicho, la Sala concluye que, si bien los rubros deprecados tienen naturaleza salarial, lo cierto es que la entidad sí los pagó e incluyó en la base salarial de la liquidación final de las prestaciones sociales del señor Saldarriaga Daza y, frente a las pequeñas diferencias supuestamente adeudadas en los tres meses señalados, que en la demanda inaugural, afirma, fueron aquellos periodos en que el actor estuvo en «incapacidad temporal», sin que se esclareciera esta última circunstancia, ***el recurrente se abstuvo de cumplir con la carga probatoria de informar la discriminación de los conceptos comprendidos en el rubro pagado por «viáticos», por cada lapso en específico reclamado, para obtener a su favor sumas que, en su decir, se le adeudaban, por ende, no es dable, en definitiva, impartir en este asunto alguna condena, por los reajustes salariales, prestacionales y pensionales solicitados por la inclusión del concepto*** *«viáticos».* (Lo resaltado es de la Sala).

Las tesis jurisprudenciales expuestas, denotan que el criterio expuesto en la sentencia SL2123-2022, difiere de la posición que sobre el tema aquí debatido, han asumido otras Sala de Descongestión de la CSJ.

Al margen de lo expuesto, debe destacarse que en el *sub judice*, el Juzgado de Conocimiento desplegó sus facultades oficiosas para recaudar la prueba de los viáticos por alojamiento causados a favor del demandante, en tanto en audiencia celebrada el 10 de mayo de 2022, la falladora de primer grado requirió a Avianca S.A. para que certifique los costos asumidos por alojamiento de manera global o individual por el período reclamado por el demandante (2008 a 2018)[4], a lo cual la demandada en mención indicó que *"(…) dentro de los sistemas que administra la compañía, no se puede obtener el detalle de los hoteles en los que se hospedó el demandante JORGE RICARDO CORTÉS RUÍZ, toda vez que la compañía no llevaba un registro detallado de las habitaciones que utilizó el tripulante en los hoteles en donde pernoctó, y tampoco hizo uso de los medios tecnológicos para llevar el registro y control, siendo los contratos comerciales suscritos con los hoteles, el único medio de registro para determinar los costos por alojamiento asumidos por parte de la empresa para los años 2008 y 2018"* (Archivo 20 del ED).

[4] Archivo 14 del ED.

Así resulta evidente que, pese a lo esfuerzos asumidos por el Juzgado de Conocimiento para obtener la información que aquí se echa de menos, a través de sus facultades oficiosas, no fue posible obtener la misma, conforme a lo manifestado por la encartada.

De lo dicho, es claro para la Sala que el extremo activo no logró la demostración de los viáticos por alojamiento, que se insiste, no contaban con un sustento fáctico en el escrito de demanda, lo cual constituye una razón suficiente para revocar la decisión opugnada, y en su lugar, absolver a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

Las costas de primera instancia se imponen a cargo del demandante, cuyas agencias en derecho deberán ser fijadas por el Juzgado de Conocimiento. Sin costas en esta instancia, dado el resultado de la alzada.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia proferida el por el Juzgado Veintinueve (29) Laboral del Circuito de Bogotá el 16 de enero de 2023, para en su lugar, absolver a las demandadas AVIANCA S.A. y CAXDAC, de todas y cada una de las pretensiones impetradas en su contra por el demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS de primera instancia se imponen a cargo del demandante, cuyas agencias en derecho deberán ser fijadas por el Juzgado de Conocimiento. Sin costas en esta instancia, dado el resultado de la alzada.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-031-2022-00018-01
DEMANDANTE:	LUIS FERNEY LADINO MESA, BLANCA NEFLERY TINOCO TINOCO, ANGIE PAOLA LADINO SÁNCHEZ, LISETH MILENA LADINO SÁNCHEZ, EDNA JULIANA LADINO SÁNCHEZ.
DEMANDADO:	HL INGENIEROS S.A., SARENS DE COLOMBIA S.A.S hoy en día IZAJE PESADO S.A.S, CEMEX COLOMBIA S.A. y LIBERTY SEGUROS S.A.
ASUNTO:	Grado jurisdiccional de Consulta a favor del demandante de la Sentencia del 4 de mayo de 2023.
JUZGADO:	Juzgado 31 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	CULPA PATRONAL – REAJUSTE SALARIAL Y PRESTACIONAL
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, Treinta y Uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de atender el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la parte DEMANDANTE frente a la sentencia del 4 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **LUIS FERNEY LADINO MESA, BLANCA NEFLERY TINOCO TINOCO, ANGIE PAOLA LADINO SÁNCHEZ, LISETH MILENA LADINO SÁNCHEZ, EDNA JULIANA LADINO SÁNCHEZ** contra **HL INGENIEROS S.A., SARENS DE COLOMBIA S.A.S hoy en día IZAJE PESADO S.A.S, CEMEX COLOMBIA S.A. y LIBERTY SEGUROS S.A.**, con radicado No11001-31-05-031-2022-00018-01.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

Los promotores de la acción pretenden que se declare que entre el señor Luis Ferney Ladino Mesa y la empresa HL INGENIEROS S.A.S existió un contrato de trabajo a partir del 10 de mayo de 2016 a la fecha. Que la empleadora es responsable a título de culpa patronal del accidente acontecido el 28 de julio de 2016 y que como consecuencia de ello, se condene al pago de la indemnización de perjuicios materiales por lucro cesante consolidado y futuro, daño emergente por honorarios, perjuicios morales para el trabajador y su núcleo familiar. Que la empresa ISAJE PESADO S.A.S es responsable solidario de todas las condenas impuestas por culpa patronal, que se ordene al pago de los salarios y prestaciones adeudadas, todo lo anterior aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó el ex trabajador que se encuentra laborando con la empresa HL INGENIEROS S.A.S a partir del 10 de mayo de 2016. Que el 28 de julio de 2016, sufrió un accidente de trabajo en los predios del proyecto CEMEX COLOMBIA S.A, conocido como Maceo Antioquia, empresa que a su vez contrató la firma de SARENS DE COLOMBIA SAS., hoy en día IZAJE PESADO, para izar las vigas de acero, en el proyecto montaje de estructura metálica y equipos mecánicos áreas 400 y 500 fase II.

Adujo, que el accidente de trabajo, consistió en un "*golpe en la cara por caída de viga, como consecuencia de un aumento de tensión y ruptura de cancamos al izar la pieza con una grúa*", que conforme a la investigación realizada por HL INGENIEROS S.A es responsable a título de culpa por no brindar todas las medidas de seguridad del trabajo en alturas. Que la empresa IZAJE PESADO, es solidariamente responsable de las condenas por haber elevado una viga sin la adecuada utilización de cáncamos, pues estos no se utilizan en el montaje y no son certificados, estos cáncamos se fracturaron o rompieron según el formato de investigación.

Por último, que durante el periodo del 2020 al 2021, la empleadora adeuda el pago de salarios y prestaciones sociales.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[2]

[1] Fs. 1-23 Archivo 01 Expediente Digital
[2] Fs. 2-39 Archivo 09 Expediente Digital

La empresa **HL INGENIEROS S.A. EN REORGANIZACIÓN** se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa expuso que en efecto existe un contrato de trabajo por obra o labor contratada desde el 10 de mayo de 2016 y que, a la fecha de la presente contestación, se encuentra vigente. Frente a la culpa patronal señaló que en cumplimiento de las funciones propias del cargo OPERARIO 1A y en el marco del montaje de la estructura metálica y equipos mecánicos de las áreas 400 y 500 Fase II del proyecto de construcción ubicado en Maceo, el día 28 de julio de 2016, el trabajador demandante sufrió un accidente de trabajo al encontrarse suspendido a dos metros de altura ajustando un tornillo. Adujo, que obró con diligencia y cuidado en el cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo para evitar la ocurrencia del accidente sufrido, que detectó de manera oportuna, los riesgos ocupacionales y adoptó, desde el inicio de la relación laboral y en su vigencia, las medidas de protección y seguridad para evitar la ocurrencia de accidentes suministrando los elementos de protección personal adecuados e idóneos para garantizar la integridad, capacitando sobre peligros y actos inseguros, cumpliendo con lo establecido en los artículos 56, 57 y 348 del Código Sustantivo del Trabajo, Ley 9 de 1979, Resolución 2400 de 1979 del Ministerio de Trabajo y de Seguridad Social, Decreto 614 de 1984, Resolución 1016 de 1989 de los Ministerios de Trabajo y Seguridad Social y de Salud, Decreto Ley 1295 de 1994 y Ley 1562 de 2012.

Por último, señaló que ha reconocido y pagado de manera completa y oportuna, todas y cada una de las acreencias laborales a las que por ley tiene derecho el señor Ladino Mesa, por los años 2020 y 2021.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: de la responsabilidad enrostrada pero inexistente por culpa patronal. Inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido, falta de legitimación en la causa de Blanca Neflery Tinoco Tinoco, prescripción extintita de los derechos y la consecuente caducidad de la acción, compensación y genérica.

IZAJE PESADOS S.A.S[3] con frontal oposición a las pretensiones de la demanda, adujo que es inviable jurídicamente cualquier condena en su contra, pues como se ha indicado y confesó el demandante, IZAJE no ha mantenido un vínculo laboral o de cualquier otra naturaleza. Frente a la solidaridad señaló que para su

[3] Pág. 24 a 46 archivo 13 expediente digital.

procedencia es necesario acreditar objetivamente que la actividad desarrollada por el contratista independiente cubría una necesidad propia del contratante, es decir que el servicio del contratista corresponde a una función normalmente desarrollada por el contratante y que esta se encuentra directamente vinculada con su objeto o actividad económica. Señaló, que el accidente se dio en el marco de actividades o labores que el actor ejecutaba para HL INGENIEROS S.A.S, más no para IZAJE, de tal suerte que no podría asumir ninguna responsabilidad.

Formuló las excepciones que denominó; inexistencia de las obligaciones reclamadas en relación con IZAJE PESADO S.A.S, falta de legitimación por activa, falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de solidaridad entre IZAJE PESADO S.A.S y HL INGENIEROS S.A, inexistencia de prueba de daños o perjuicios, cobro de lo no debido, enriquecimiento sin causa, prescripción y genérica.

CEMEX COLOMBIA S.A.S[4], se opuso a la pretensión solidaria toda vez que el contrato de prestación de servicios suscrito entre CEMEX COLOMBIA S.A. y HL INGENIEROS S.A., correspondía a actividades que no hacen parte del giro ordinario de los negocios ni del objeto social de Cemex S.A., bajo el argumento que las actividades desarrolladas por HL INGENIEROS S.A. se concentraban en la construcción de obras de ingeniería civil y montajes electromecánicos. Mientras que CEMEX COLOMBIA S.A. se dedica a la producción, distribución, venta y transporte de cemento. Actividades diametralmente distintas. Por tanto, no se cumplen con los requisitos legales para la existencia de la responsabilidad solidaria establecida en el artículo 34 del C.S.T.

Propuso las excepciones que denominó; cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación, inexistencia de solidaridad, buena fe, prescripción. En escrito aparta llamó en garantía a la aseguradora LIBERTY SEGUROS S.A.

La llamada en garantía **LIBERTY SEGUROS S.A.[5]** se opuso a las pretensiones aduciendo la inexistencia de amparos que abarquen las pretensiones de la demanda, ello porque la póliza No. 2544864 no estableció amparos relacionados con una eventual culpa patronal, así como tampoco estableció amparos relacionados con situaciones solicitadas fuera de la vigencia del contrato

[4] Pag, 69 a 100 archivo 15 expediente digital.
[5] Pag, 1 a 25 archivo 27expedinte digital

de seguro. Agregó que no se cumplen los presupuestos legales y jurisprudenciales para declarar la solidaridad pretendida.

Formulo las excepciones de mérito que denominó, falta de legitimación en la causa por pasiva, prescripción frente a mi representada, falta de legitimación en la causa por activa en relación con mi representada, inexistencia de obligación de mi representada en favor de los demandantes, inexistencia de pruebas respecto de lo pretendido, pago, límite del valor amparado, imposibilidad de condenar a mi representada bajo facultades ultra y extra petita, prescripción laboral, genérica, no demostración del supuesto daño, los perjuicios, así como tampoco del supuesto nexo de causalidad con la responsabilidad culposa del empleador - no está demostrada la culpa patronal.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 4 de mayo de 2023, declaró que entre Luis Ferney Ladino Mesa y la empresa HL INGENIEROS S.A., se celebró un contrato por obra o labor determinada, que comenzó a regir el día 10 de mayo del año 2016 y aún se encuentra vigente. A reglón seguido absolvió a la demandada HL INGENIEROS S.A. y las codemandadas como la llamada en garantía de todas las pretensiones de la demanda y gravó en costas a la parte demandante.

Como fundamentos de su decisión, en síntesis, la *A quo* señaló, previa mención de que estaba plenamente demostrada la existencia del contrato de trabajo por duración de la obra o labor contratada que comenzó el 10 de mayo de 2016 y que a la fecha se encuentra vigente. Frente a la indemnización plena de perjuicios establecida en el artículo 216 del CST, inició por citar el Decreto 1295 de 1994, y el artículo 3 de la Ley 1562 del 2012, que define el concepto de accidente de trabajo. Explicó, que conforme a las pruebas aportadas al plenario se acreditó el siniestro laboral ocurrido el 31 de mayo de 2017, así como la pérdida de capacidad laboral del accionante en un porcentaje del 16.48%, mediante dictamen del 9 de julio de 2018.

Consideró, luego de citar extensa jurisprudencia como la vertida en las sentencias SL 062-2022 y SL 2594 del 2021, que en el caso de marras no se demostró la suficiente culpa del empleador, toda vez que según el accidente ocurrió por una serie de causas fenomenológicas no atribuibles a la empleadora que dieron

lugar a la ocurrencia del evento que afecto al demandante, tal como se evidencia del informe de investigación adelantado por la administradora de riesgos laborales. Adujo que, atendiendo a las pruebas documentales, interrogatorios y testimoniales, evidenció que los equipos estaban certificados, que las argollas y demás elementos para trabajo estaban en perfectas condiciones, que contaba con una grúa idónea. Que el actor también tenía todas las capacitaciones para trabajo de alturas y que antes del inicio de la jornada laboral se reúnen a todos los trabajadores recibiendo instrucciones sobre la actividad que se va a desarrollar en el día a día y sobre los riesgos que se van a tener.

Concluyó, que no existió violación de norma legal alguna por parte del empleador y que la causa del accidente es imputable a errores fortuitos pese a contar con todas las capacitaciones e instrucciones para minimizar los posibles riesgos, sin desconocer que la pasiva aportó todas las certificaciones de trabajo en altura, la matriz de riegos sobre todas la actividades desempañadas por el demandante, no se evidenció una omisión por parte del empleador, pues no está probada que existiera una mala calidad del cárcamo del perno o de los demás elementos utilizados. Agregó, que en el evento hipotético en que se demostrara la culpa patronal, la indemnización pretendida se vería afectada por el fenómeno prescriptivo, pues el dictamen fue proferido el 9 de julio del 2018 y la demanda presentada el 19 de enero de 2022, superando el término de 3 años.

Estimó, en lo relativo al reajuste salarial y prestacional pretendido por la disminución sin causa justificada de su salario, que contrario a lo señalado por la parte activa, tal disminución tiene justificación atendiendo a la grave situación económica de la empresa por la pandemia COVID-19, que obligó a que el actor no laborara y ejerciera sus funciones. En consecuencia, al evidenciarse que no existen funciones o trabajos para asignar al demandante tal mengua está justificada, máxime si el contrato que firmó las partes fue por obra o labor contratada y al no existir ningún trabajo por realizar, existía causa legal para su terminación no obstante el empleador decidió garantizar su derecho al trabajo.

CONSULTA

Se surte el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la parte demandante, por causa y con ocasión de lo dispuesto en el art. 69 C.P.T.S.S., Mod., Ley 1149 de 2007 art. 14, por haber sido la sentencia de primera instancia totalmente adversa a sus pretensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar, si erró la Juez A quo al desestimar la culpa patronal endilgada a la demandada en el accidente de trabajo ocurrido a LUIS FERNEY LADINO MESA que llevó a absolver a la demandada de la condena por indemnización plena y ordinaria de perjuicios deprecada, o si contrario sensu la decisión se halla ajustada al marco jurídico que regula la materia y las pruebas recaudadas al plenario.

CONSIDERACIONES

No es materia de debate dentro del presente asunto: **1.** Que el señor Luis Ferney Ladino Mesa y la demandada HL INGENIEROS S.A. suscribieron contrato de trabajo por obra o labor determinada a partir del 10 de mayo de 2016, el cual se encuentra vigente hasta la fecha, conforme lo acepta la pasiva en la contestación a la pretensión declarativa No. 01 de la demanda y como se documenta a folios 67 a 69 del archivo 02 del exp. Digital). **2.** Que la empresa CEMEX COLOMBIA S.A. en calidad de contratante y H.L. INGENIEROS S.A. se celebró un contrato de por precios unitarios para la construcción de la obra civil áreas 300, 400 y 500, montaje mecánico y montaje de estructura metálica área 400 y 500 del proyecto maceo Fase II. Entre Cemex Colombia S.A. y H.L. Ingenieros S.A. (pág. 1 a 38 del archivo 20 del exp. Digital). **3.** Que el señor Luis Ferney Ladino Mesa fue contratado para desempeñar el cargo de Oficial 1A hasta el 45% de la ejecución del contrato celebrado entre la empleadora y la empresa CEMEX S.A. ubicado en la ciudad de Maceo Antioquia. **4.** Que el 28 de julio de 2016, el señor LADINO MESA sufrió un accidente de trabajo (Conforme se acepta por la demandada en la contestación de

la demanda y se documenta con el informe de accidente de trabajo obrante a folio 128 del archivo 020 del ED).

1. CULPA PATRONAL.

Es de señalar que la responsabilidad subjetiva gobernada por el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, ante el hecho de evidenciarse, de un lado, la existencia de un accidente o enfermedad laboral y, de otro, la culpa del empleador en su ocurrencia, tiene su sostén, *a priori*, en la responsabilidad contractual propia del negocio jurídico laboral; responsabilidad que emerge en el plano de la realidad, del incumplimiento por parte del empleador de las obligaciones connaturales al ligamen laboral -articulo 56 C.S.T.-, y en especial, de la no satisfacción de las disposiciones legales que, en materia de seguridad y salud en el trabajo debe observar con diligencia el empleador; obligaciones que se traducen en el compromiso de brindarles a los trabajadores un ambiente de trabajo seguro y adecuado, lo cual se logra conociendo las condiciones laborales y ambientales en que se encuentran los trabajadores de la empresa y activado un plan eficiente de prevención y seguridad.

Esta responsabilidad, reclama del imputado *empleador,* la reparación integral de todos y cada uno de los perjuicios que se hayan podido causar al afectado *trabajador,* o sus sucesores. No obstante, adviértase que, para que opere la indemnización plena de perjuicios, debe acreditarse, fehacientemente, tres elementos, que se traducen en; *i) la ocurrencia de un accidente laboral o una enfermedad del mismo origen; ii) la culpa del empleador en la ocurrencia del siniestro, ya sea por acción, omisión, debido a la falta de cuidado, por negligencia, impericia etc.; iii) y la demostración de los perjuicios.*

En lo que al asunto atañe, en reciente pronunciamiento la Sala de Casación Laboral señaló que la culpa suficientemente comprobada del empleador se determina por el incumplimiento de los deberes de prevención en cabeza de la patronal: *"Pues bien, sea lo primero señalar que en relación con el concepto de culpa suficientemente comprobada del empleador respecto a una contingencia de origen laboral,* ***la Sala ha adoctrinado que la misma se determina por el análisis del incumplimiento de los deberes de prevención que corresponden al empleador, la cual se configura en la causa adecuada de la ocurrencia del infortunio laboral,*** *ya sea que se derive de*

una acción o un control ejecutado de manera incorrecta o por una conducta omisiva a cargo de aquel (CSJ SL2206-2019)". (…)"[6]

Ahora, en lo que atañe a las obligaciones probatorias que corresponden a cada parte en procesos dirigidos a indagar por la culpa patronal en la ocurrencia de accidentes de trabajo, se tiene decantado por la jurisprudencia de la H. Corte Suprema de Justicia que:

> *"… **la parte demandante tiene la carga de probar la culpa o negligencia del empleador que da origen a la indemnización contemplada en el artículo 216 del Código Sustantivo del Trabajo, además de que el empleador puede desligarse de ella demostrando diligencia y cuidado en realización del trabajo…"** (CSJ SL2799-2014)». Adicionalmente, … ha dicho que a pesar de lo anterior "…cuando se imputa al patrono una actitud omisiva como causante del accidente o la enfermedad profesional, a éste le corresponde demostrar que no incurrió en la negligencia que se le endilga, aportando las pruebas de que sí adoptó las medidas pertinentes en dirección a proteger la salud y la integridad física de sus trabajadores" (CSJ SL7181-2015)», Esto es, la Corte ha reivindicado históricamente una regla jurídica por virtud de la cual, por pauta general al trabajador le atañe probar las circunstancias de hecho que dan cuenta de la culpa del empleador en la ocurrencia del infortunio, pero que **por excepción con arreglo a lo previsto en los arts. 177 C.P.C. hoy 167 CGP y 1604 C.C., cuando se denuncia el incumplimiento de las obligaciones de cuidado y protección se invierte la carga de la prueba y es «el empleador el que asume la obligación de demostrar que actuó con diligencia y precaución, a la hora de resguardar la salud y la integridad de sus servidores».*** (Sentencia SL13653 del 7 de octubre 2015, M.P. Rigoberto Echeverri Bueno).

Se precisa también por la jurisprudencia de la materia que si se presenta un cumplimiento de todas las normas de seguridad por parte del empleador y el evento aun así acaece, pueden actuar como eximentes de responsabilidad de éste en el siniestro del cual es víctima un trabajador en ejecución de su trabajo, la existencia de una fuerza mayor o de un caso fortuito, la culpa exclusiva de la víctima o el hecho de un tercero. Ello, por cuanto el hecho ajeno supone el rompimiento del nexo de causalidad entre el daño y la acción u omisión del empleador (sentencias de la C.S.J. SL12862-2017 y SL14420-2014, reiterada en sentencia SL15114-2017).

Pues bien, en estudio del material probatorio aportado al sumario en aras de dirimir el problema jurídico planteada, se destaca el informe de accidente de trabajo, donde se documente su ocurrencia el 28 de julio de 2018, en la descripción del accidente narra lo siguiente: «*Golpe en el rostro por caída de viga como consecuencia del hiper estiramiento y ruptura de carcamo al izar la pieza con una grúa».*

Ahora bien, esta Sala orienta su análisis en dilucidad si, contrario a lo decidido por la juez A quo, el accidente de que fue víctima Ferney Ladino Mesa, se

[6] CSJ. Sala de Casación Laboral. Rad. 61563. MP: IVÁN MAURICIO LENIS GÓMEZ. 4 de noviembre de 2020.

presentó por culpa suficientemente comprobada del empleador, tal como lo señala en los hechos de la demanda, al omitir el cumplimiento de sus deberes de información, prevención, capacitación y dotación al trabajador de todos los medios, elementos e implementos dirigidos a resguardar su salud e integridad en la ejecución de sus labores. Sin embargo, dicho planteamiento se revela desprovisto de razón en tanto, acogido el estudio de los medios de prueba adosados, para la Sala de Decisión no se halló configurado el elemento subjetivo como elemento medular para la prosperidad de las pretensiones aquí incoadas (art. 216 C.S.T.), esto es, la culpa comprobada del empleador en el infortunio, siendo que, contrariamente, se advierte que atendió las obligaciones que en materia de prevención, protección y cuidado respecto de la salud y seguridad del trabajador le asistían.

Para proceder así, comporta precisar que, en el sistema de riesgos laborales, en tratándose de accidentes de trabajo, el empleador, como directo responsable de su subordinado, en virtud de lo preceptuado en los arts. 56 y 57 del C.S.T. y el lit. d) del 21 del Decreto 1295 de 1994 *–hoy mod. art. 26 Ley 1562 de 2012-*, tiene sobre este una **OBLIGACIÓN DE MEDIO**, la cual estriba en la **observancia de los deberes de protección, seguridad y cumplimiento de las medidas adoptadas para evitar infortunios propios de cada actividad** *–los cuales se establecen en la matriz de identificación de peligros, evaluación y valoración del riesgo-*, frente a sus subordinados, es decir, de éste se demanda la diligencia y cuidado que en el despliegue de sus negocios propios, tiene el buen padre de familia, amén a que ante la ocurrencia de un siniestro, responde hasta por la culpa leve *–art. 63 del C.C.*; por lo que la inobservancia de tales procederes, **es prueba fehaciente de su culpa en el acaecimiento del insuceso**, siendo entonces de su tutela la obligación de indemnizar total y ordinariamente los perjuicios irrogados al trabajador, **en la medida que el empleador como GENERADOR del RIESGO**, tiene la obligación ética, moral y jurídica de controlar la exposición y evitar los daños que los mismos generan en los trabajadores, por demás subordinados.

En lo tocante, debe señalarse que del análisis de lo consignado en el informe de investigación del accidente de trabajo, se advierte que se identificó como ***causas inmediatas del evento*** ciertos actos inseguros dentro de los cuales se relacionó *i)* la falta de concentración entre el operador y rigger, *ii)* que **el trabajador no atendió las indicaciones**, *iii)* distracción mirando el computador del equipo, *iv)* el uso adecuado de aparejos, *v)* una posición inadecuada de utilizar los cáncamos, *vi)* **error humano en exceder la tensión de la carga.**

En sub examine, da cuenta el plenario que al trabajador Luis Ferney Ladino le fueron impartidas capacitaciones en torno a trabajo a ejecutar como montador u armador, esto es, las funciones a cargo, el Sistema de gestión integral, la innovación y gestión del conocimiento, plan de emergencia, riesgos y COPASST y brigada. (pág. 84 a 85 archivo 020 ED). Que al final de las capacitaciones la empresa le realizó una evaluación de los conocimientos en la inducción HSE, tal como se advierte a páginas 89 y 89 del archivo 020. De igual forma fue notificado de los riesgos a que está expuesto como trabajador OFICIAL 1A, riesgos físicos, mecánicos, químicos, ergonómicos, locativos, eléctricos y los restantes.

Así mismo, está probado que para la ejecución de la función de «*realizar el proceso de ensamble de estructura o pailería de componente metálicos y montaje de estructura y equipos»,* el demandante debía llenar los formatos o documentos en las actas de recibo y entrega de trabajo, conocer el panorama de factores de riesgos, la matriz de riesgo y cumplir con las instrucciones dadas por los supervisores de la ejecución de la obra como los ingenieros encargados en la seguridad y salud de trabajo.

Lo anterior, fue corroborado al momento de rendir interrogatorio de parte, pues el demandante ***confesó*** que recibió inducción para el cargo de oficial 1A, aceptó que las funciones que debía ejecutar consistían en la realización del proceso de ensamble y montajes de estructura y equipo, haciendo uso de la herramienta o equipo adecuado para cada uno de los trabajos. A la pregunta si recibió capacitación por parte de HL INGENIEROS para el montaje de estructura en el proyecto de construcción ubicado en Maceo, Antioquia, contestó afirmativamente. De igual forma aceptó que para el montaje de construcción debía utilizar los materiales indicados por la empleadora. Admitió que el 28 de julio de 2016, recibió una charla de trabajo seguro acerca de las actividades a realizar ese día, que consistían en única y exclusivamente en realizar el montaje de tornillo. *(conteo de audio13:25 a 25:20).*

Por otro lado, la representante legal, abogada de profesión manifestó que el accidente fue ocasionado por un hiperestiramiento en el cárcamo, que se trata de una argolla utilizada para el montaje de una viga, que desconoce si se trató de una falla humana o simplemente el material era defectuoso, pues solo se limitó asegurar que todos los equipos y materiales se encontraban certificados, reiteró que el mismo día que se realizó la maniobra el trabajador recibió una charla de inducción a la actividad a realizar, que como oficial conocía las líneas de peligro, los lugares que

no puede estar presente al momento del montaje de la viga, que recibía constantes capacitaciones y la empresa según el programa de seguridad y salud en el trabajo realizó un análisis de los riesgos de acuerdo al cargo que estaba desempeñando.

El testigo Alejandro Beltrán, ex compañero de trabajo para la fecha del accidente, manifestó que la empresa HL INGENIEROS S.A. previamente a la contracción del personal hace el estudio de perfil de cargo, capacitaciones de altura, espacios confinados, manejo de herramientas, además de charlas diarias de instrucción y seguridad en el trabajo. Adujo, que los trabajadores se presentan al área de trabajo con sus ingenieros residentes, capataces e ingenieros supervisores en seguridad y salud en el trabajo, que para el día del accidente antes de iniciar el montaje de estructura o izaje de la viga, se realizó una reunión previa y se verifico los permisos y correspondientes certificados y elementos de protección personal, que el accidente fue producto de una sobretensión o hiperestiramiento por un error humano. Que los parejos que se estaban utilizando estaban en perfectas condiciones como los demás elementos utilizados.

Por otro lado, Jorge Wilches trabajador de HL INGENIEROS S.A.S desde el año 2011, para la época del accidente se desempeñaba como director de proyecto, que por normatividad de la compañía se realizaban charlas de seguridad e instrucciones para las labores a ejecutar diariamente. Señaló que la actividad de izaje o montaje existen diferentes etapas que son complejas o críticas, que independiente de su complicación los trabajadores estaban capacitados para realizarlas. Refirió, que para el cargo desempeñado por el actor la empresa revisa los perfiles desde las hojas de vida y experiencia, sin embargo, a pesar que tenga experiencia en la ejecución de sus funciones la empresa realizaba las respectivas capacitaciones e inducciones para ejecutar su cargo. Que las inducciones consistían en charlas de seguridad, los riesgos, peligros y las actividades a ejecutar. Y en lo relativo a los elementos de protección, manifestó que la empresa le entregó botas de seguridad, gafas, camisa manga larga, guantes para manejar elementos duros y su casco certificado.

Y, por último, Jairo Ramón Vanegas, compañero de trabajo del demandante manifestó que el accidente ocurrió por un mal manejo que ocasionó el rompimiento del carcamo o argolla. Señaló, que en su área de coordinación le correspondía hacer las charlas técnicas diarias para los trabajadores, que les indicaban a los trabajadores que actividades debía realizar, las herramientas a utilizar y los riesgos a que están expuestos.

Así las cosas, al revisar la prueba producida en juicio como acertadamente lo valoró la Juez singular, se evidenció que la pasiva no desconoció ni vulneró las las previsiones contenidas en los arts. 2 literal b) y 267 de la Resolución 2400 de 1979 y, literal c) del 80, literal a), b) y c) del 84 y 120 de la Ley 9° de 1979, Decreto 614 de 1984, D.L 1295 de 1994, Resolución 1016 de 1989[7], Resolución 1401 de 2007, junto con las NTC G45 y 4114 –*Norma Técnica Colombiana Identificación de los Peligros y la Valoración de los Riesgos en Seguridad y Salud Ocupacional y la de Seguridad Industrial Realización de Inspecciones Planeadas, Anexo A*-, entre otras reglas de salud ocupacional de obligatorio cumplimiento, conforme con el art. 1º inciso segundo, y parágrafo del art. 21 del Decreto 1295 de 1994 hoy concordante con el 26 de la Ley 1562 de 2012.

Sin que exista alguna omisión endilgada al existir prueba de la existencia del P.S.O. hoy S.G.S.S.T. al interior de la asociación empleadora hoy demandada, es decir, obra en el expediente documento denominado el PANORAMA DE RIESGOS hoy MATRIZ DE IDENTIFICACIÓN DE PELIGROS, EVALUACIÓN Y VALORACIÓN DE RIESGOS[8], en la cual se identifican por el empleador los riesgos prioritarios a los que expuso al trabajador, matriz que fue puesta de presente conforme a los arts. 1°, 2°, 4° y 5° de la Resolución 1016 de 1989.

De contera se probó contar con un subprograma de Higiene y Seguridad Industrial, cuyo objeto primordial no es otro que la **identificación**, **reconocimiento, evaluación y control** de los principales factores de riesgo ocupacional, que pueden afectar la salud del trabajador, los cuales se condensan en la **MATRIZ O PANORAMA DE PELIGROS Y RIESGOS**, la cual le sirve de base al empleador de cara a implementar los **controles** ora sobre la **a)** fuente del riesgo, **b)** el medio ambiente donde se ejecuta la labor o **c)** el trabajador, así como mapa de navegación para implementar las **medidas de intervención** del riesgo, ya sea para **a)** eliminarlo**, b)** sustituirlo**, c)** ejercer controles de ingeniería**, d)** ejercer controles administrativos o **e)** brindar E.P.P. de cara a su mitigación, medida esta última que no evita la ocurrencia del A.L., pues los mismos están diseñados para mitigar la probabilidad de ocurrencia o la gravedad de una lesión.

[7] Adviértase que, para la fecha del siniestro, se encontraba vigente el Decreto 1443 de 2014, modificado por el art. 1 del Decreto 52 de 2017, hoy compendiado en el Decreto 1072 de 2015, por lo que se aplicaban o se hacían exigibles los requisitos de la Resolución 1016 de 1986.

[8] Al tenor de lo previsto el numeral 9º del art. 2.2.4.6.8. y 2.2.4.6.15. del DURST, es obligación del empleador, identificar los peligros, evaluar y valorar los riesgos que pueden causar en la salud de sus trabajadores. Aspecto igualmente, visible en el Decreto 614 de 1984.

Al paso, contrario a lo argüido por la activa, se advierte que capacitó al hoy siniestrado, de cara al riesgo ocupacional al que se expondría al realizar actividades de montaje como oficial 1A y le informó **sobre los mismos y su prevención, en los términos del literal e) del art. 24 del Decreto 614 de 1984 y la entrega de elementos** de **protección personal** lo cual indica los art. 122 a 124 de la Ley 9 de 1979, **arts. 176 a 201 y el** literal **g) del art. 2 de la Resolución 2400 de 1979 y la GTHF19.**

Así mismo, siguiendo lo normado por el artículo 24 del Decreto 614 de 1984 es deber del empleador informar a su subordinado y capacitarlo sobre los riesgos a los que se expone según la labor desempeñada:

> *"Artículo 24. Los patronos o empleadores, en concordancia con el Artículo 84 de la Ley 9a. de 1979 y el Código Sustantivo del Trabajo y demás disposiciones complementarias, las cuales se entienden incorporadas a este Decreto y en relación con los programas y actividades que aquí se regulan, tendrán las siguientes responsabilidades:(…) e) Informar a los trabajadores sobre los riesgos a los cuales están sometidos sus efectos y las medidas preventivas correspondientes (...)."*

En **síntesis,** a juicio de la Sala, las pretensiones indemnizatorias aquí formuladas se avistan huérfanas de soporte probatorio, no quedando camino diferente al de confirmar la decisión de primera instancia, toda vez que, se itera, en modo alguno se advierte acreditado que la empleadora desconociera una o alguna de las obligaciones generales y especiales a su cargo (artículos 56 y 57 del C.S.T.), entre otras, las de protección, prevención y de seguridad del trabajador, ni mucho menos una relación de causalidad entre esto y el resultado dañino; pues, como se explicó, se atendió a las capacitaciones, regulaciones y protocolos definidos para su ejecución. En ese orden se confirma la sentencia de primera instancia en lo referente a la absolución de Culpa patronal, y por sustracción de materia la Sala se revela del estudio de las demás pretensiones derivadas de está.

2. PAGO DE DIFERENCIA SALARIAL Y PRESTACIONAL

Del análisis de las pretensiones de la demanda y lo manifestado a lo largo del proceso, se evidencia que la parte actora aduce que la empleadora adeuda una diferencia salarial por el año 2020, la suma de $6.829.505, por el año 2021 una diferencia salarial de $9.220.343. De igual forma, una diferencia prestacional por los mismos años. Refiere que pues desde el inicio de la pandemia COVID 19 y la

reubicación de su cargo por recomendaciones médicas ha venido devengado un salario inferior al que inicialmente fue contratado.

Por otro lado, la demandada al dar contestación a la demanda manifestó que en vigencia de la relación laboral ha reconocido y pagado de manera completa y oportuna, todas y cada una de las acreencias laborales a las que por Ley tiene derecho el demandante (contestación a los hechos diecinueve y veintidós de la demanda archivo 019 del ED).

Ahora bien, auscultado la declaración del propio trabajador al absolver interrogatorio de parte manifestó que, desde el mes de mayo de 2020, su salario fue disminuido a un salario mínimo vigente legal, pues no ha venido ejerciendo como oficial en realización de montajes. Situación que fuere corroborada por la representante legal, la señora Jenny Johana Marín Ferreira, pues a la pregunta de las razones legales de disminución del salario del actor a partir del mes de mayo de 2020, ***confesó*** que en efecto el actor venía devengando $1.700.000 y descendió a un SLMLM, que tal situación fue con ocasión que los proyectos en los que venía ejecutando fueron congelados a raíz de la pandemia, ni tampoco a la fecha cuenta con los suficientes proyectos para reubicarlo.

Señaló, que la disminución del salario fue informada a todos los trabajadores atendiendo a la grave situación económica de la empresa, que originó que entraran en proceso de reorganización para evitar su liquidación. *(conteo de audio 30:05 a 45:01).* Así mismo, la parte activa aportó desprendibles de nómina en que se evidencia que el actor venía devengando un salario de $1.996.310, y a partir del mes de mayo de 2020 su salario fue disminuido a la suma de $980.658 y para el año 2021 la suma de $1.014.980.

Así las cosas, es procedente el pago de la diferencia prestacional y salarial pues no existe soporte legal ni jurisprudencial que permita que el empleador desmejore el salario pactado en el contrato de trabajo vigente. Es de recordar que la desmejora o disminución salarial en nuestro ordenamiento jurídico está prohibida, pues, es necesario respetar las condiciones dignas y justas que garanticen los principios mínimos fundamentales del trabajador dentro de la relación de trabajo, como lo determina el numeral 1 del artículo 59 del C.S.T.

Así mismo, en caso de que la situación económica del empleador sea compleja por problemas económicos, la legislación permite que en atención al

principio de *ius variandi*, como facultad que posee de modificar las condiciones de trabajo permite la disminución del salario, siempre que ante ello medie el consentimiento expreso del trabajador y el empleador no vulnere el salario mínimo legal reglado por el Gobierno nacional para la jornada máxima legal, autorización que brilla por su ausencia.

Por última, es de señalar que la sentencia debe estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda, las cuales a su vez están conformadas por razones de hecho y de derecho, sin que ello signifique que las condenas impuestas deban ser un calco de aquellas, por tal motivo y tratándose de un derecho minimizo e irrenunciable como lo es el salario, esta Sala de Decisión procedió a realizar los cálculos correspondientes, tal como se ilustra a continuación:

FECHA	SALARIO PACTADO	SALARIO PAGADO	DIFERENCIA	ARCHIVO 07 y 20 ED
may-20	$ 1.996.310	$ 980.658	$ 1.015.652	205-242
jun-20	$ 1.996.310	$ 980.658	$ 1.015.652	206
jul-20	$ 1.996.310	$ 980.658	$ 1.015.652	202
ago-20	$ 1.996.310	$ 980.658	$ 1.015.652	199-211
sep-20	$ 1.996.310	$ 980.658	$ 1.015.652	209-246
oct-20	$ 1.996.310	$ 980.658	$ 1.015.652	207-245
nov-20	$ 1.996.310	$ 980.658	$ 1.015.652	244
dic-20	$ 1.996.310	$ 980.658	$ 1.015.652	200-212
ene-21	$ 1.996.310	$ 1.014.980	$ 981.330	87
feb-21	$ 1.996.310	$ 1.014.980	$ 981.330	88
mar-21	$ 1.996.310	$ 1.014.980	$ 981.330	91
abr-21	$ 1.996.310	$ 1.014.980	$ 981.330	196
may-21	$ 1.996.310	$ 1.014.980	$ 981.330	92
jun-21	$ 1.996.310	$ 1.014.980	$ 981.330	90
jul-21	$ 1.996.310	$ 1.014.980	$ 981.330	197
			TOTAL	$ 14.994.526
		DIFERENCIA PRESTACIONAL		
		CESANTIAS	2020	$ 1.015.652
		PRIMA DE SERVICIOS	2020	$ 1.015.652
		Vacaciones	2020	$ 507.826
		intereses cesantias	2020	$ 121.878
		CESANTIAS	2021	$ 981.330
		PRIMA DE SERVICIOS	2021	$ 981.330
		Vacaciones	2021	$ 490.665
		intereses cesantias	2021	$ 117.759
			TOTAL	$ 5.232.092

En consecuencia, se revocará la decisión de primera instancia en lo relacionado a la negativa de reconocer la diferencia salarial y prestacional solicitada

por la parte actora frente al periodo comprendido entre mayo de 2020 y julio de 2021, en consecuencia, se ordenará a HL INGENIEROS S.A. a pagar a favor de LUIS FERNEY LADINO MESA la suma de $20.226.618.

Sin costas al no causarse.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

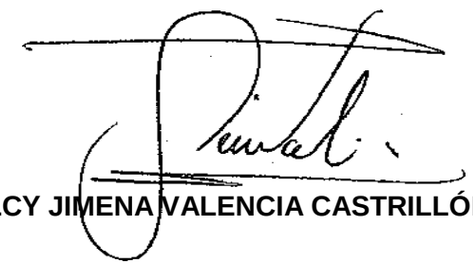
PRIMERO: REVOCAR EL ORDINAL SEGUNDO de la sentencia del 4 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar CONDENAR a HL INGENIEROS S.A. a pagar a favor de LUIS FERNEY LADINO MESA la suma de $20.226.618 por concepto de diferencia salarial y prestacionales por el periodo comprendido entre mayo de 2020 y julio de 2021, de conformidad a lo expuesto en la parte motiva.

SEGUNDO: CONFIMAR en lo demás.

TERCERO: Sin **COSTAS** por no aparecer causadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-031-2022-00517-01
DEMANDANTE:	OMAR ALBERTO ESLAVA ACOSTA
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación y Consulta sentencia del 2 de junio de 2023
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia traslado
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta última entidad frente la sentencia del 2 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **OMAR ALBERTO ESLAVA ACOSTA** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **AFP PROTECCIÓN S.A.** con radicado No. **11001-31-05-031-2022-00517-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

[1] Páginas 109 a 126 Archivo 02 Expediente Digital

El promotor de la acción pretende se declare la nulidad e ineficacia del traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) efectuado en el mes de enero de 1.999, e igualmente, que se encuentra válidamente asignado al RPM administrado por Colpensiones, por lo que dicha entidad debe mantenerle las mismas condiciones pensionales que tenía a la data del traslado. Como consecuencia de lo anterior, solicita ordenar a Protección S.A. trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes efectuados al RAIS desde enero de 1999, junto con los rendimientos financieros, así como el valor descontado por concepto de administración, seguros previsionales, al igual que toda la información necesaria para que Colpensiones actualice su historia laboral en lo pertinente; ordenar a Colpensiones actualizar su historia laboral incluyendo la totalidad de los aportes por él efectuados desde enero de 1.999, e igualmente, le reconozca la pensión de vejez desde el 5 de agosto de 2023; condenar a Protección S.A. a reconocerle los perjuicios que le hubiere podido ocasionar; condenar a las demandadas en costas y agencias en derecho.

De manera subsidiaria solicita se declare que con su traslado al RAIS a partir del mes de enero de 1999, incurrió en múltivinculación por no haber cumplido con el término mínimo legal de permanencia de 3 años en el RPM, contados a partir de la fecha en que ratificó su voluntad de permanecer en el otrora ISS, y en ese orden, declarar para todos los efectos legales, que la vinculación válida en pensiones es la correspondiente a la última realizada en el ISS en octubre de 1998, y por ende, quede asignado al RPM, en virtud del artículo 3º del Decreto 3995 de 2008.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 5 de agosto de 1.961. Que efectuó aportes al otrora ISS desde el mes de febrero de 1986 hasta el 1º de noviembre de 1998. Que se trasladó al RAIS a través de la AFP Protección desde el 1º de enero de 1999, motivado por la asesoría que le fue brindada por el respectivo asesor, quien le dijo que podía pensionarse a menor edad y con el monto de la pensión que deseara, además, que el ISS por su mala situación financiera iba a quebrar. Que la AFP demandada no le suministró en forma oportuna, suficiente, completa y clara la información financiera necesaria para tener los elementos de juicio mínimos con el fin de tomar una decisión objetiva sobre su traslado del RPM al RAIS, omitiendo en forma grave su deber como sociedad prestadora de servicios financieros legalmente constituida, en

presentar a su cliente un completo estudio financiero con base en el cual pudiese tomar una decisión objetiva sobre la conveniencia o no sobre su cambio del RPM al RAIS. Que conforme a estudio comparativo del monto pensional en ambos regímenes, la prestación de vejez en el RPM es mayor a la que recibiría en el RAIS. Que solicitó ante las demandadas la nulidad de su traslado, sin embargo ambas administradora emitieron respuesta negativa. Que conforme a su historia laboral ratificó su afiliación al RPM administrado por el ISS en enero de 1997 y en octubre de 1998, y posteriormente, en el año de 1999 elevó su solicitud de traslado; sin embargo, al desatarse su situación de múltivinculación fue asignado por virtud del Decreto 3995 de 2008 al RAIS, desconociendo lo previsto en el artículo 3º del Decreto 3995 de 2008.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante auto de fecha 17 de marzo de 2023, el Juzgado de Conocimiento tuvo por no contestada la demanda por parte de la **AFP PROTECCIÓN S.A**[2].

Por su parte, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual manifestó que la parte demandante no probó causal alguna que la afiliación a la AFP demandada es nula como lo manifiesta, teniendo en cuenta que la misma cumple con los presupuestos legales para su existencia y que no infringe la norma, por lo cual no procede la declaratoria de nulidad, y por tanto no puede haber regreso automático al RPM.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia del derecho para regresar al RPM, prescripción, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público, buena fe y la genérica[3].

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 2 de junio de 2023, declaró la ineficacia del traslado de régimen

[2] Archivo 14 Expediente Digital.
[3] Páginas 22 a 40 Archivo 10 Expediente Digital

pensional efectuado por el demandante al RAIS teniéndolo como válidamente afiliada al RPM administrado por Colpensiones; condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES la totalidad del capital ahorrado por el demandante, junto con los rendimientos financieros, comisiones, gastos de administración, valores utilizados en seguros previsionales y garantía de pensión mínima, estos últimos deben ser cancelados debidamente indexados; condenó a COLPENSIONES a recibir al demandante en el RPM, como si nunca se hubiese trasladado de régimen; condenó a PROTECCIÓN S.A. al pago de costas; absolvió a COLPENSIONES y a PROTECCIÓN S.A. de las demás pretensiones incoadas por el actor.

Como fundamentos de su decisión, la A quo señaló que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el Fondo Privado haya cumplido con el deber legal de informar al demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

De otro lado, dijo que el actor no reúne las condiciones para ser beneficiario del régimen de transición, por lo que el mismo no le resulta aplicable para el reconocimiento de la pensión, además, los 62 años exigidos por la Ley 100 de 1993 modificada por la Ley 797 de 2003, los cumple en una fecha que aún no ha acaecido, esto es, el 5 de agosto de 2023, siendo claro que no ha cumplido con las condiciones para ser merecedor de la pensión de vejez. Concluyó que en el sub judice, no se encuentra demostrado que al actor se le causaron perjuicios con el acto jurídico de traslado, de suerte que no es procedente reconocer la indemnización reclamada.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **COLPENSIONES** recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que a la fecha del traslado la normatividad aplicable era el artículo 13 de la Ley 100 de 1993, el <decreto 692 de 1993 y el Decreto 613 de 1993, normas que previeron que la aceptación espontánea, libre y expresa

para trasladarse de régimen se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, lo cual en el presente caso tuvo lugar a plenitud, según emana del documento suscrito por el demandante. Acotó que la Ley 1748 de 2014 y el decreto 2071 de 2015, corresponden a normas posteriores a la data del traslado, que generaron las obligaciones de las AFP de realizar la doble asesoría a sus afiliados, por lo que el análisis de la información suministrada por la AFP Protección y el alcance que debió brindar en el año 1999, debe ser valorado a la luz del ordenamiento vigente para tal anualidad, pues no es razonable jurídicamente imponer a las administradoras de pensiones, obligaciones y soportes de información no previstos en la ley, porque de lo contrario se desconocería el principio de confianza legítima, el principio de legalidad y el derecho al debido proceso.

Agregó que la decisión de primer grado desconoce el derecho al debido proceso de Colpensiones, porque pese a ser un tercero ajeno al acto jurídico de traslado, es la entidad llamada a asumir la carga de la prestación de vejez, pues no se tuvo en cuenta por el Juzgado de Conocimiento el principio de la relatividad jurídica, en virtud del cual los actos jurídicos tienen efectos *inter partes*, siendo claro que Colpensiones no puede ser favorecida ni perjudicada por el contrato celebrado entre el demandante y la AFP convocada.

Dijo que hasta el año 2016 los fondos privados solo cuentan con el formulario de afiliación para demostrar el consentimiento informado de los afiliados, porque las leyes vigentes entre 1994 y 2015 no exigían nada distinto al tal documento, por manera que exigir una carga adicional a las previstas en la época, involucra una situación imposible de cumplir.

Señaló que Colpensiones resulta lesionada con la decisión de primera instancia, porque esta genera un desequilibrio financiero y desconoce el principio de sostenibilidad financiera del sistema previsto en el artículo 48 de la CP, además, no puede pasarse por alto que conforme al artículo 2º de la Ley 797 de 2003, existe una prohibición expresa de traslado cuando al afiliado le hicieren falta 10 años o menos para cumplir la edad mínima de pensión, la cual tiene como propósito proteger al fondo común del que se vale Colpensiones para pagar las pensiones de las personas que cumplen los requisitos para el efecto, cuyos aportes no son suficientes para pagar las prestaciones a cargo de la entidad, lo

cual se sustenta con la sentencia de la Corte Constitucional C-1024 de 2004, reiterada en la C-062 de 2010.

Finalmente, solicitó que se adicione la sentencia proferida por el Juzgado de Conocimiento para que se condicione la orden de Colpensiones al cumplimiento previo por parte de Protección S.A. de la condena que le fue impuesta.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por OMAR ALBERTO ESLAVA ACOSTA al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva; denotando que al no pronunciarse el Juzgado de Conocimiento sobre las pretensiones subsidiarias, las mismas no serán objeto de análisis por parte de la Sala.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen**

consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó PROTECCIÓN, quien, se *itera*, tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *"afirmaciones o negaciones indefinidas",* se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ***"(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos***

<u>que, para quien los alega, es imposible acreditar (…)”</u> (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **DAVIVIR** hoy **PROTECCIÓN S.A.** (Página 57 archivo 11 del ED), **<u>única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS</u>**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por el demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el demandante a **DAVIVIR** hoy **PROTECCIÓN S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por el demandante, bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues el actor fue claro al manifestar que cuando fue contratado por Acerías Paz del Río, pasó a una oficina para legalizar su afiliación al fondo de pensiones, que era Davivir, el cual era el único presente en el lugar, entonces procedió a llenar el formulario de afiliación, lo cual efectuó sin que se diera asesoría sobre los beneficios o la situación de su pensión, pues únicamente le indicaron que tendría una mejor pensión, misma que podría adquirir de manera anticipada (Min. 05:26 a 18:30 archivo 24 del Expediente Digital).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el actor y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración que cobró la AFP durante el tiempo en que estuvo vinculada el demandante, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en ese aspecto.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

> *"(…) 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. (…)"*

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión del A quo de ordenar a la AFP trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración e incluso con los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que el accionante estuvo afiliado a la administradora del RAIS, pues así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021, con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[…] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: *«[…] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen*

sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración, y demás emolumentos descontados.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, construidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada, no siendo atendible la solicitud de adición, pues lógicamente Colpensiones no podrá dar cumplimiento a las órdenes que le fueron impuestas, hasta tanto la AFP Protección S.A. traslade los emolumentos referidos en la sentencia de primera grado y la respectiva información de los mismos. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 2 de junio 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Uno (31) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLON

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-038-2020-00486-03
DEMANDANTE:	ÓSCAR ZÁRATE RINCÓN
DEMANDADO:	CONSTRUCCIONES HD S.A.S.
ASUNTO:	Consulta Sentencia del 24 de febrero de 2023
JUZGADO:	Juzgado 38 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Contrato por obra o labor determinada-prestaciones-prescripción
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de atender el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la parte DEMANDANTE frente a la sentencia del 24 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ÓSCAR ZÁRATE RINCÓN** contra **CONSTRUCCIONES HD S.A.S.**, con radicado No. **11001-31-05-038-2020-00486-03.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

El promotor de la acción pretende se declare que, entre él y la empresa CONTRUCCIONES HD.S.A.S., existió un contrato de trabajo a término indefinido, comprendido entre el día 9 de septiembre de 2015 al 15 de marzo del año 2017; que se declare que la finalización de labores obedeció a terminación del contrato

[1] Archivo 01 Demanda Ordinaria.

sin justa causa; en consecuencia, se condene a la demandada CONTRUCCIONES HD S.A.S. al reconocimiento y pago de la totalidad de las prestaciones sociales que por ley le correspondían tales como cesantías, intereses de las cesantías, primas de servicios, vacaciones, por el tiempo laborado, junto con los auxilios de alimentación, auxilios de vivienda, indexación, indemnización moratoria, intereses moratorios a partir del mes 25, sanción por no consignación y pago de las cesantías, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que, se celebró un contrato de trabajo a término indefinido entre él y la demandada CONSTRUCCIONES HD S.A.S., el cual se ejecutó del 9 de septiembre de 2015 hasta el 15 de marzo de 2017, cuando fue finalizado por la empleadora sin justa causa; que desarrolló funciones como oficial de construcción en las ciudades de Ibagué- Tolima y Neiva - Huila; que recibió como último salario la suma de $1.660.000 mensuales; que la demandada se comprometió a cancelarle la suma de $580.000 por concepto de auxilio de alimentación y la suma $449.000 por concepto de auxilio de vivienda.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[2]

La pasiva se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa expuso que, entre el demandante y el demandado existió un contrato de trabajo por obra o labor de fecha 24 de febrero de 2016, contrato que finalizó el 15 de marzo de 2017 con la terminación de la obra que se había contratado. Añadió que el demandante devengaba como contraprestación por la labor prestada un salario mínimo mensual vigente. Indicó que no es cierto que la terminación de la relación laboral se haya producido como consecuencia de una terminación injusta, pues el demandante fue vinculado mediante contrato de obra o labor en el proyecto Tangara de la ciudad de Neiva, Huila, el cual efectivamente finalizó lo que conllevó a terminar la relación laboral.

Precisó que el demandante, también hizo parte del proyecto TORRE KEA de la ciudad de Ibagué desde el 9 de septiembre de 2015 hasta el 23 de febrero de 2016, cuando fue trasladado al proyecto TANGARA de Neiva, Huila donde se celebró un nuevo contrato de duración por obra o labor. Que la empresa demandada era quien cancelaba a RICOMER DOÑA BERTHA la alimentación de todos los trabajadores de la obra en la ciudad de Neiva Huila y a la señora LUZ MIRIAN

[2] Páginas 45 a 56 Archivo 22 Contestación Demanda

TORRES ROJAS la alimentación de los trabajadores del proyecto de Ibagué, Tolima. Finalmente, indicó que la empresa CONSTRUCCIONES HD S.A.S. contrataba una vivienda ubicada cerca de los proyectos donde descansaban los trabajadores, lo cual desvirtúa la afirmación de pago directo de subsidios de vivienda.

Propuso como excepción previa la de ineptitud de la demanda y como excepción de mérito la prescripción de las acciones derivadas del no pago de acreencias laborales.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 24 de febrero de 2023, absolvió a la demandada de todas las pretensiones; declaró probada la excepción de prescripción propuesta por la demandada y condenó en costas al actor.

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló, en síntesis, que según lo probado en el juicio, los vínculos laborales entre demandante y demandada estaban sometidos a las reglas de los contratos de obra o labor contratada. Que la terminación de los vínculos laborales se dio producto de la culminación de las obras para las cuales fue contratado el demandante, por lo que queda suficientemente claro que nunca existió una única vinculación laboral regida por un contrato a término indefinido, tal y como lo expresa el demandante sino, la existencia de dos contratos de trabajo, cada uno de ellos verificados bajo la modalidad de la duración de la obra o labor contratada, vigentes entre el 9 de septiembre de 2015 al 23 de febrero de 2016 y del 24 de febrero de 2016 al 15 de marzo de 2017, razón por la cual precisó que no hay lugar a la prosperidad de la pretensión alusiva a la declaración de existencia de un único contrato de trabajo a término indefinido entre el señor ÓSCAR ZÁRATE y la demandada CONSTRUCCIONES HD S.A.S.

Por otra parte, argumentó que al acreditarse la existencia de dos vínculos contractuales, teniendo en cuenta que se debate en juicio por una parte, si las acreencias de carácter salarial y prestacional fueron reconocidas o no al demandante y por otra la configuración de la excepción de prescripción elevada por la demandada, señaló que, de conformidad con los artículos 488 y 489 del Código Sustantivo del Trabajo en concordancia con el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, los derechos sociales prescriben en 3 años a partir

de su causación, hecho que se configura en el caso concreto, toda vez que el ultimo contrato terminó en marzo de 2017 y la demanda fue instaurada en Diciembre de 2020, esto es, con posterioridad a los 3 años que establece el ordenamiento legal, sin que dentro de ese tiempo, se haya producido la interrupción del mismo, pues, si bien es cierto obra en el expediente constancia de no comparecencia de la demandada a audiencia de conciliación, no es menos cierto que, no existe prueba del medio a través del cual se habría notificado tal citación.

CONSULTA

Se surte el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la parte demandante, por causa y con ocasión de lo dispuesto en el art. 69 C.P.T.S.S., Mod., Ley 1149 de 2007 art. 14, por haber sido la sentencia de primera instancia totalmente adversa a sus pretensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia y el grado jurisdiccional concedido a favor de la parte actora, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar en primer lugar, si entre el señor OSCAR ZARATE RINCON y la empresa CONSTRUCCIONES HD S.A.S. existió un contrato de trabajo a término indefinido o, dos contrato de trabajo por la duración de la obra o labor determinada; y en segundo lugar, verificar si procede el pago de las acreencias laborales y prestacionales causadas al demandante, o si los mismos se encuentran afectados por el fenómeno de la prescripción.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala debe destacar que no es materia de debate dentro del presente asunto: **1.** Que entre el señor ÓSCAR ZÁRATE RINCÓN y la empresa CONTSTRUCCIONES HD S.A.S. existió una relación laboral, la cual terminó el 15 de marzo de 2017.

Para resolver el primer problema jurídico planteado, debe anotarse que, el artículo 45 del Código Sustantivo del Trabajo, respecto de la duración del contrato de trabajo dispone:

> ***"ARTICULO 45. DURACION****. El contrato de trabajo puede celebrarse por tiempo determinado, por el tiempo que dure la realización de una obra o labor determinada, por tiempo indefinido o para ejecutar un trabajo ocasional, accidental o transitorio."*

En el caso concreto, el demandante aduce que entre él y la empresa CONSTRUCCIONES HD .S.A.S., existió una única relación laboral a término indefinido, sin embargo, de las pruebas obrantes en el expediente, se observa que el día 24 de febrero de 2016 se suscribió contrato por obra o labor entre los extremos procesales (folios 1 y 2 archivo 22 Contestación Demanda), para que el demandante se desempeñara como ayudante en *"Estructura en concreto proyecto Tangara Neiva"*, lo cual desvirtúa lo manifestado por el accionante en su escrito de demanda, en lo relacionado a la suscripción de un único contrato a término indefinido entre las partes desde el mes de septiembre de 2015 hasta el mes de marzo de 2017.

Es pertinente precisar que, según lo manifestado por el propio demandante en el interrogatorio de parte, él inició trabajando para la empresa CONSTRUCCIONES HD S.A.S. en el mes de septiembre de 2015 en la ciudad de Ibagué, Tolima y, posteriormente fue trasladado a la ciudad de Neiva, Huila, bajo el mismo contrato a término indefinido suscrito en una primera oportunidad, lo cual no coincide con lo demostrado en juicio, de ser así, tal y como acertadamente concluyó el Juez de Primera Instancia, no debería existir el contrato por termino de obra o labor firmado aquel 24 de febrero de 2016 en la ciudad de Neiva, Huila.

Así pues, se puede concluir, como correctamente lo hizo el Juez de instancia que, efectivamente, entre el señor ÓSCAR ZÁRATE RINCÓN y la empresa CONSTRUCCIONES HD.S.A.S. se suscribieron dos contratos de trabajo por el término de duración de la obra o labor contratada, el primero de ellos, del 9 de septiembre de 2015 al 23 de febrero de 2016 en la ciudad de Ibagué, Tolima y el segundo del 24 de febrero de 2016 al 15 de marzo de 2017 en la ciudad de Neiva,

Huila, lo cual, hace imposible que se despache favorablemente la pretensión del demandante en lo que respecta a la declaración de existencia de un único contrato de trabajo a término indefinido.

Ahora bien, en lo que respecta al segundo problema jurídico planteado en el caso concreto, emerge claro que, al haber existido entre el señor ÓSCAR ZÁRATE RINCÓN y la empresa CONSTRUCCIONES HD S.A.S. las relaciones laborales aludidas, le asiste al empleador la obligación de pagar oportunamente salarios, prestaciones y aportes de seguridad social, sobre la última de ellas, conforme al criterio jurisprudencial de la CSJ vertido entre otras, en la sentencia SL5165-2017.

Teniendo en cuenta que, lo solicitado por el demandante es el pago de acreencias de carácter salarial y prestacional que no le fueron reconocidas al terminar su vínculo laboral y que el Juez 38 Laboral del Circuito sobre las mismas, declaró configurada la excepción de prescripción, es deber de la Sala verificar si tal decisión se encuentra ajustada a la Ley, se *itera*, sobre el último contrato de trabajo.

Inicialmente, la Sala precisa que el 15 de marzo de 2017, fecha del finiquito de la segunda relación laboral, es la fecha que se usará como punto de partida para contabilizar el termino de tres años consagrado en el artículo 488 del CST, el cual dispone que: "*Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto.*"

Es pertinente resaltar que, los artículos 489 del CST y el artículo 151 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social indican que: *"el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el {empleador}, acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente";* sin embargo, en el caso concreto, no se allegó documento alguno que pruebe el reclamo al que hace alusión el precitado artículo, si bien es cierto obra en el expediente constancia de no comparecencia del demandante a la audiencia de conciliación convocada por el Ministerio de Trabajo, no existe documento que pruebe que la demandada fue citada a dicha audiencia, razón por la cual, tal y como asertivamente concluyó el Juez de Primera Instancia, no puede tomarse este hecho como suficiente para lograr la interrupción del término de prescripción.

Bajo ese escenario, es claro que la parte demandante tenía hasta el 15 de marzo de 2020 para interrumpir el término de prescripción, bien sea de manera

extrajudicial, mediante la presentación al empleador del simple reclamo escrito por el trabajador respecto de un derecho determinado, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 489 del Código Sustantivo del Trabajo y 151 del Código Procesal del Trabajo y la Seguridad Social, o la interrupción judicial con la presentación demanda, sin embargo nada de ello sucedió, pues la demanda en el caso que hoy concentra nuestra atención fue instaurada en el mes de diciembre de 2020, es decir con posterioridad a los 3 años que establece el ordenamiento legal para efectos de la operación del fenómeno de prescripción, lo que conlleva a concluir tal y como lo hizo el Juez de Primera Instancia, que la acción mediante la cual el demandante reclama el pago de las acreencias laborales presuntamente no reconocidas en su favor se encuentran prescritas.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada en su integridad. Sin Costas en esta instancia por conocerse en consulta.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 24 de febrero de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin **COSTAS** en esta instancia por no aparecer causadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	110013105038-2021-00071-01
DEMANDANTE:	KEVIN ANDRÉS OQUENDO PATIÑO.
DEMANDADO:	STAFF UNO S.A.S.
ASUNTO:	Apelación Sentencia 15 de marzo de 2023.
JUZGADO:	Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá.
TEMA:	Nivelación Salarial.
DECISIÓN:	REVOCA PARCIALMENTE

Hoy, treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante en contra de la sentencia del 15 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario promovido por **KEVIN ANDRÉS OQUENDO PATIÑO** contra **STAFF UNO S.A.S. y** con radicado No. **110013105038-2021-00071-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

El promotor de la acción pretende se declare que laboró para la empresa Industria de Electrodomésticos INDUSEL S.A.S. contratado por medio de la empresa de servicios temporales STAFF UNO A S.A.S, mediante contrato de trabajo indefinido al no demostrarse la obra o labor determinada. En consecuencia, que se condenen a las accionadas solidariamente a la nivelación del salario teniendo en cuenta la prueba del salario equivalente al mismo cargo ejecutado por Diego Fernando Pérez Morantes, que se condene al pago de la diferencia salarial y a la reliquidación de las protestaciones sociales, vacaciones, al pago de la indemnización del artículo 65 del C.S.T., intereses moratorios y la indexación por corrección monetaria, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el 22 de octubre de 2015, se vinculó mediante contrato por obra o labor contratada con la empresa Industria de Electrodomésticos INDUSEL S.A.S para el cargo de auxiliar administrativo, que el salario pactado para la época ascendía a la suma de $644.350. Que la referida empresa liquidaba anualmente cada contrato con fecha de terminación a 30 de diciembre, siendo contratado nuevamente el 2 de enero de 2016 hasta el 30 de diciembre de 2016, data última en que fue liquidado su contrato. Nuevamente, el día 10 de enero de 2017, ingresó para el mismo cargo hasta el 30 de diciembre de 2017, siendo su última vinculación el día 2 de enero de 2018 hasta el 9 del mismo mes y año.

Indicó, que el cargo que fue contratado no terminó, ya que son funciones administrativas y no son de ejecución con fecha de labor determinada, de hecho, el cargo para la fecha de presentación de la demanda lo desempeña Diego Pérez Morantes quien tenía un ingreso superior equivalente a $1.200.000.

[1] Folios 1-20. (Archivo 01 expediente digital).

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y SU REFORMA[2]

La demandada **STAFF UNO S.A.S** a través de apoderada judicial se opuso a la totalidad de las pretensiones exceptuando la existencia de un contrato por obra o labor contratada, aclarando que el contrato fue suscrito con la empresa de servicios temporales STAFF UNO S.A.S y no con la empresa INDUSEL S.A.S. Adujo, que el actor en vigencia de los diferentes contratos de trabajo suscritos con STAFF UNO S.A.S., ejecutó sus funciones en un área de la empresa usuaria totalmente diferente al suscrito con el ex trabajador Diego Pérez, quien cumplía con funciones y responsabilidades completamente diferentes a la asumidas por el actor Kevin Oquendo Patiño.

Señaló, que entre las empresas STAFF UNO A S.A.S. y la Empresa Usuaria INDUSEL SAS se firmó el día 9 de abril de 2013 un contrato de prestación de servicios cuyo objeto fue el suministro de personal que requiera la empresa usuaria para que le colabore temporalmente en el desarrollo de sus actividades. La labor es desarrollada por personas naturales, contratadas directamente por la EST la cual tiene con respecto de estas el carácter de empleador. Adujo, que el actor fue contrato durante tres periodos por el incremento en la producción, en los términos del artículo 77 y siguientes de la Ley 50 de 1990 y el Decreto 4369 de 2006.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó; prescripción, terminación del contrato de trabajo por agotamiento de la obra o labor contratada, inexistencia de derecho legalmente protegible, cobro de lo no debió por inexistencia de la causa y de la obligación, compensación, buena fe, pago, cobro de lo no debido, inexistencia legal de solidaridad entre la empresa de servicios temporales y la empresa usuaria, conocimiento del interesado del acuerdo contractual.

[2] Folios 1 a 12 archivo 07 ED

INDUSTRIAS DE ELECTRODOMESTICOS S.A.S.[3], Mediante providencia del 26 de septiembre de 2022, se dio por no contestada la demanda, por cuanto no realizó pronunciamiento alguno dentro del término concedido.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 15 de marzo de 2023, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, y gravó en costas al demandante.

Como fundamento de su decisión, inició por referir que el actor busca inicialmente la declaratoria de un contrato de trabajo a término indefinido con la empresa INDUSEL S.A.S. por los extremos comprendidos del 22 de octubre de 2015 hasta el 9 de enero de 2018 y que la empresa STAFF UNO S.A.S., actuó como una simple intermediaria. Citó las disposiciones establecidas en los artículos 7 y s.s. de la Ley 50 de 1990 y el artículo 6 del Decreto 4369 de 2006, para concluir que de conformidad a las pruebas documentales aportadas se evidenció que existió una vinculación con la empresa STAFF UNO S.A.S, por los siguientes periodos, el primero del 22 de octubre de 2015 al 30 de diciembre de 2015, el segundo del 2 enero de 2016 hasta el 30 de diciembre del mismo año, y el tercero del 10 de enero de 2017 hasta el 9 de enero de 2018, sin que advirtiera que en los tres contratos celebrados se superará el término de un año previsto en las normas ibidem.

Consideró, que la empresa de servicio temporal al no superar el término de un año previsto en las vinculaciones que mantuvo el demandante con la empresa usuaria actuó como verdadero empleador en estricto cumplimiento de la Ley y cancelando las respectivas obligaciones como salario, prestaciones sociales, afiliación al sistema de seguridad social en pensiones,

[3] Archivo 10 del expediente digital.

salud, y riesgos profesionales. En consecuencia, al no desnaturalizarse los contratos suscritos con la empresa temporal no podría entrar a estudiar la nivelación salarial, pues el análisis de la misma dependía de la declaratoria del contrato con la empresa INDUSEL S.A. bajo el principio de congruencia, sin que sea posible aplicar una condena extra y ultra petita al no ser debatido dentro del proceso.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandante sustentó el recurso de apelación en busca de revocatoria integra de la sentencia, pues en su entender el Juez desconoció las normas que regula la existencia de las empresas de servicios temporales y las condiciones de contrataciones de sus trabajadores en misión, siendo evidente que el actor laboró a favor de la empresa usuaria por un espacio superior de un año, lo que conlleva a que esta última sea su verdadero empleador, por tanto hay lugar al estudio de la nivelación salarial pretendida.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

El primer problema jurídico que circunscribe la atención de la Sala, linda en establecer; en primer lugar, si entre el demandante y INDUSEL S.A.S. existió o no, un contrato de trabajo a término indefinido, para posteriormente

estudiar si hay lugar o no, a la nivelación salarial pretendida con el trabajador Diego Pérez Morantes.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado por los artículos 57 de la Ley 2ª de 1984, en armonía con el 66 A del C.P.T. y S. S., procede la Sala a resolver el recurso de apelación teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad, en razón a que la sentencia de segunda instancia ha de estar en consonancia con la materia objeto alzada.

1. **Primaria de la realidad sobre las formas, contrato de trabajo con la empresa usuaria.**

Así las cosas, la Ley 50 de 1990 en sus artículos 71 y s.s., reguló la existencia de las empresas de servicios temporales, así como las condiciones de contratación y envío de trabajadores en misión a las empresas usuarias, en su artículo 77 previó los casos en los que las usuarias podían contratar con aquellas, para colaborar *«en forma temporal»* con el desarrollo de sus actividades, conforme las siguientes situaciones generales: ***i)*** para ejecutar con el trabajador en misión labores ocasionales, accidentales o transitorias distintas de las actividades del empleador; ***ii)*** para reemplazar personal en vacaciones, en uso de licencia, en incapacidad por enfermedad o en licencia de maternidad; y ***iii)*** para atender incrementos en la producción, el transporte, las ventas de productos o mercancías, los períodos estacionales de cosecha, *y* **en la prestación de servicios por un término de 6 meses que puede prorrogarse por otros 6 meses más.**

Vencido el plazo máximo previsto en la citada norma, si la empresa usuaria requiere continuar con los servicios del trabajador en misión, debe contratarlos directamente sin que sea dable prorrogar el contrato ni celebrar uno nuevo con la misma o con diferente Empresa de Servicios Temporales, para la prestación de dicho servicio (artículo 6.° del Decreto 4369 de 2006), por lo que se tiene que, de contrariar dichas disposiciones, se desvirtúa el

servicio temporal, la empresa usuaria tendría la calidad de verdadera empleadora y la E.S.T. de una simple intermediaria.

Las empresas de servicios temporales fungen como verdaderas empleadoras, con las respectivas obligaciones patronales que la ley les impone, esto es, pago de salario, prestaciones sociales, afiliación al sistema de seguridad social en pensiones, salud y riesgos profesionales, así como la afiliación a cajas de compensación familiar. No obstante, las empresas usuarias ejercen la subordinación jurídica obrando como representante directo del patrono.

No fue objeto de discusión, que el 22 de octubre de 2015 (pág. 27 a 29 archivo 07 del expediente digital) el demandante suscribió con STAFF UNO S.A., contrato por obra o labor contratada para desempeñarse en el cargo de auxiliar administrativo como trabajador en misión en la empresa usuaria INDUSEL, por un salario mínimo legal mensual vigente para la época, ligamen que finalizó el 30 de diciembre de 2015, según lo aceptado por las partes. Luego el 2 de enero de 2016 (pág. 24 a 26 archivo 07 del expediente digital) suscribió nuevamente un contrato por obra o labor como trabajador en misión para desempeñar el mismo cargo de auxiliar administrativo en la empresa INDUSEL por un salario mínimo que para dicho año ascendía a la suma de $689.45, contrató que de igual forma finalizó el 30 de diciembre de 2016. Por último, el 10 de enero de 2017 (pág. 21 a 23 archivo 07 ED) asentó el último contrato por obra o labor determinada para desempeñar el mismo cargo de auxiliar administrativo como trabajador en misión para la misma empresa INDUSEL S.A., vinculó que finalizó el 9 de enero de 2018, según certificado laboral aportado por la propia demandada visible a pagina 38 del archivo 07 del cartapacio digital.

Se tiene que a pesar de que la empresa de servicios temporal STAFF UNO S.A.S aportó el contrato civil denominado “prestación de servicios temporales” suscrito con la empresa Industria de electrodomésticos S.A.

INDUSEL S.A., con el objeto de suministrar personal que se requiere para que colabore temporalmente en el desarrollo de sus actividades. (pág. 34 a 37 de archivo 07 del ED), es claro que la misma fue desdibujada por incumplir las directrices para el efecto fijadas por el artículo 77 de la Ley 50 de 1990; es decir que si bien es cierto que el actor fue contratado por la empresa de servicio temporal STAFF UNO S.A.S para la prestación de servicios en la empresa Industria de Electrodomésticos S.A. "INDUSEL S.A.", también es cierto que las accionadas superaron el límite máximo para la contratación bajo dicha figura de temporales (6 meses prorrogables por otros 6), lo que trajo como consecuencia que la empresa usaría se convirtiera en verdadera empleadora, puesto que la ejecución de la actividad de auxiliar administrativo se prolongó para KEBIN ANDRES OQUENDO PATIÑO desde el 23 de octubre de 2016 al 9 de enero de 2018, sin que sea de recibo la tesis del Juez singular, pues es claro que las interrupciones de dos o tres días en la suscripción de cada contrato es con el único fin de desnaturalizar la existencia de una verdadera relación laboral y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se presenten, tal como lo dispone el artículo 23 del C.S.T.

Es clara la violación de la normatividad indicada, pues aun cuando la negociación de las dos empresas se realizó con el lleno de las formalidades exigidas por ley, se quebrantó el límite temporal que a la demandada le imponía las reglas de la contratación de los trabajadores en misión, tal como lo sostuvo la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, en sentencia No. 25717 del 21 de Febrero de 2006, M.P. Carlos Isaac Náder, en la que se sostuvo que la superación del término de la contratación de trabajadores en misión, de seis meses prorrogables hasta por seis meses más, genera una situación jurídica contractual diferente a la ficticiamente contratada, conforme a la cual la empresa usuaria pasa a ser el empleador directo del trabajador y la empresa de servicios temporales a ser deudora solidaria de las acreencias laborales.

El anterior criterio ha sido reiterado por nuestro máximo Órgano de Cierre, a cita de ejemplo véase la sentencia SL 1225-2023, que reza lo siguiente:

> *"Ahora, si estas restricciones legales de tiempo y actividades excepcionales son desconocidas, se advierte un uso indebido de esta clase de contratación a través de Empresas de Servicios Temporales, y, por ende, debe constatarse y declararse la existencia de la verdadera relación laboral que se pretendió encubrir a través de la vinculación formal como trabajador en misión. Y en virtud de ello, deberá tenerse como empleadora real a la empresa usuaria, y como simple intermediaria, a la Empresa de Servicios Temporales que se prestó para dar lugar a dicha actuación fraudulenta, en los términos del artículo 35 del CST. Esta norma es, además, la fuente de la responsabilidad solidaria invocada por la censura"*

Siendo ello así, es innegable que la transgresión a las limitaciones legalmente previstas para la operación de las Empresas de Servicios Temporales conlleva a la aplicación de la primacía de la realidad sobre las formas, postulado de rango constitucional que no resulta ajeno a la controversia que aquí se presente. En consecuencia, se revocará el ordinal primero de la sentencia y se declarará la existencia de un contrato de trabajo a término indefinido entre KEVIN ANDRES OQUENDO PATIÑO y la empresa INDUSTRIA DE ELECTRODOMESTICOS S.A.S INDUSEL S.A.S. por el periodo comprendido entre el 23 de octubre de 2016 y 9 de enero de 2018.

2. Nivelación salarial.

Ahora, conviene resaltar que de conformidad con lo previsto en el art. 10 del CST, todos los trabajadores son iguales ante la ley, tienen la misma protección y garantías, y, en consecuencia, queda abolida toda distinción jurídica entre los trabajadores por razón del carácter intelectual o material de su labor, su forma o retribución.

Es en razón a ello es que, el numeral 1° del art. 143[4] ibidem prevé que *"(…) a trabajo igual desempeñado en puesto, jornada y condiciones de eficiencia también iguales, debe corresponder salario igual, comprendiendo en éste todos los elementos a que se refiere el artículo 127 (…)",* postulado normativo que corresponde al aforismo jurídico de "**trabajo igual, salario igual**".

Ora bien, para que se configure la citada ficción jurídica, de conformidad con la teleología que orienta al aludido canon sustancial se requiere por parte de quien persigue en su favor los efectos jurídicos, acreditar que **i)** desempeña un cargo de idénticas condiciones al de su par de comparación, **ii)** lo desarrolla en la misma jornada y que, **iii)** lo hace en **condiciones de eficiencia** iguales. Es decir, acreditados tales supuestos, se invierte la carga de la prueba al empleador, en punto de referencia, para demostrar causales objetivas que soporten el trato salarial diferente. Al respecto, amén de la brevedad puede consultarse SL sentencia del 9 de agosto de 2017 de la CSJ, rad. 42335, con ponencia del Dr. Fernando Castillo Cadena.

Es de señalar, que el precepto normativo del artículo 12 de la Constitución Política que elevó a rango legal el referido principio (art. 143 del CST), no establecer reglas sobre la carga de la prueba, por lo cual se debe acudir a la regla general establecida en el artículo 176 del C.G.P., aplicable en materia laboral por virtud del art. 145 del CPT y S.S., el cual dispone que quien alega la titularidad de un derecho, debe demostrar los supuestos de hecho de la norma que lo establece. Por tanto, en proceso como el que ahora nos ocupa, es el trabajador quien alega un trato discriminatorio en materia retributiva, es a quien le corresponde demostrar ese hecho, en procura de la prosperidad de sus pedimentos.

En sub examine, el demandante fue contratado para desempeñar el cargo de Auxiliar Administrativo, adscrito al área de logística donde tenia como

[4] Concordantes con los arts. 13 y 53 de la CP.

funciones las descritas en el documento obrante a folio 38 del archivo 07 del cartapacio, funciones que comprendian las siguientes *«**1**.generar todas las salidas de bodega, **2**. realizar la facturación de toda la seccional, **3**. archivar documentación, **4.** ingreso de órdenes de compra de la seccional, como La 14, Tex comercial, Electro japonesa, Cristalería La Mejor, Distribuidora y demás clientes)».*

Es de resaltar que la entidad demandada aportó certificado laboral del ex trabajador Diego Fernando Pérez Morantes, quien laboró como trabajador en misión para la empresa INDUSEL desde el 18 de abril de 2017 hasta el 9 de abril de 2018, devengando un salario de $ 1.200.000 donde tenía las siguientes funciones **«***1. Bajar la información de todas las órdenes de compra, **2**. Revisión de kardex y mantenerlo actualizado,**3.** Realizar el resurtido regional, **4.** Vigilar el mantenimiento perfecto de la bodega y cuidar los implementos necesarios para trabajar y mantener la documentación al día, **5**. Asignación de las rutas de las entregas a los clientes directamente, **6**. Realizar el inventario de producto terminado de primera y segunda línea, **7**. Realizar la trazabilidad de casa cliente».*

Funciones que a simple vista resultan disímiles a las ejercidas por el propio demandante, situación que fue corroborada por el propio ex trabajador Diego Fernando Pérez Morantes, quien bajo la gravedad de juramento manifestó que para la época en que trabajó para la empresa INDUSEL S.A.S, el actor ejecutó diferentes funciones y mencionó que las funciones de facturación de toda la seccional, el archivo de documentación, eran ejercidas exclusivamente por el demandante. Que cuando empezó a laborar estaba cursando una carrera profesional como las de administración de empresa y que el actor lo ayudó en el empalme y adiestramiento para el desempeño de sus propias funciones, que laboraban juntos en bodegas, pero como explicó varias funciones eran ejercidas únicamente por el actor.

Así las cosas, revisado el dossier probatorio en su totalidad se tiene que por lo menos entre el 18 de abril de 2017 al 9 de enero de 2018, según las certificaciones antes mencionados, se acredita con total claridad que Kevin Andrés Oquendo Patiño y el señor Diego Pérez Morantes desempeñaron el cargo de auxiliar administrativo, sin embargo, los mismos certificados y la propia declaración del ex trabajador con quien pretende nivelar dan fe que las funciones eran totalmente diferentes a las ejercidas por el aquí demandante.

En síntesis, la pretendida nivelación salarial es improcedente, ya que el actor se limitó a afirmar de manera genérica que desempeñó el cargo de auxiliar administrativo, sin probar un trabajo en idénticas condiciones en cuanto a funciones desarrolladas, eficiencia, rendimiento y la jornada laboral frente al compañero Kevin Andrés Oquendo Patiño, carga probatoria que estaba en cabeza del demandante, de cara a la igualdad de condiciones laborales que alegaba, resultando pertinente traer a colación lo sostenido por esta Sala de Casación Laboral en Sentencia CSJ SL14349-2017.

De conformidad con lo anterior, se revoca el numeral primero de la sentencia del 15 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** la existencia de un contrato a término indefinido entre KEVIN ANDRÉS OQUENDO PATIÑO e INDUSTRIAL DE ELECTRODOMÉSTICOS S.A.S, por los extremos comprendidos entre el 23 de octubre de 2016 y 9 de enero de 2018, y en lo demás se confirma.

Sin costas ante la prosperidad parcial del recurso.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR EL ORDINAL PRIMERO de la Sentencia del 15 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Treinta y Ocho (38) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar **DECLARAR** la existencia de un contrato a término indefinido entre KEVIN ANDRÉS OQUENDO PATIÑO e INDUSTRIAL DE ELECTRODOMÉSTICOS S.A.S, por los extremos comprendidos entre el 23 de octubre de 2016 y 9 de enero de 2018, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás.

TERCERO: SIN COSTAS.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Sumario
RADICADO:	11001-22-05-000-2023-00662-01
DEMANDANTE:	ÁNGELA MARÍA CUÉLLAR HERNÁNDEZ
DEMANDADO:	SALUD TOTAL EPS
ASUNTO:	Apelación Sentencia 1º de junio de 2023
JUZGADO:	Superintendencia Nacional de Salud
TEMA:	Cobertura servicios de salud
DECISIÓN:	REVOCA

Hoy, treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN,** se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en el artículo 41 de la Ley 1122 de 2007 modificado por el artículo 6 de la Ley 1949 de 2019, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por la demandada contra la sentencia del 1º de junio de 2023, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales, dentro del Proceso promovido por **ÁNGELA MARÍA CUÉLLAR HERNÁNDEZ** contra **SALUD TOTAL EPS,** con radicado No. **11001-22-05-000-2023-00662-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

La señora **ÁNGELA MARÍA CUÉLLAR HERNÁNDEZ**, presentó petición ante la Superintendencia Nacional de Salud contra **SALUD TOTAL EPS**, para que, mediante sentencia judicial, se ordene la cobertura de los procedimientos y actividades o intervenciones incluidas en el plan de beneficios en salud (PBS), que fueron negadas por la EPS demandada, y específico la cirugía urgente de brazo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[2]

La entidad de salud accionada, a través de apoderado judicial, presentó oposición a las pretensiones incoadas en su contra y, como argumentos de defensa, adujo que una vez revisado los sistemas de información en el cual se identifica el registro de los usuarios, se tiene que en el momento que Salud Total EPS tuvo conocimiento sobre la dificultad de la accionante para la asignación oportuna de la cita en la que se le practicara la cirugía donde se realizaran los siguientes procedimientos *"NEURORRAFIA DE NERVIO EN BRAZO // INYECCION O INFILTRACION DE ESTEROIDE SOD // NEUROLISIS DE NERVIO EN BRAZO VIA ENDOSCOPICA // LISIS DE ADHERENCIAS DE TENDON (TENOLISIS)"* se movilizó el andamiaje administrativo, programando dicha intervención para 27 de abril de 2023 a las 7.00AM.

Añadió que con el fin de proteger la vida del afiliado y de atender su requerimiento, gestionó la reprogramación del mencionado procedimiento, para el día 1º de junio de 2023 a las 9: 00AM, de manera que se demuestra la adecuada y correcta atención que se le está brindando a la actora, así como la superación de los hechos que dieron ocasión a este proceso jurisdiccional, teniendo en cuenta que lo pretendido por la demandante era lograr la

[1] Archivo 1 del Expediente Digital
[2] Archivo Respuesta Jurisdiccional carpeta 3 del Expediente Digital

asignación de cita para el procedimiento quirúrgico denominado CIRUGÍA DE NERVIO, mismo que se encuentra *ad portas* de ser realizado.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[3]

La Superintendencia Nacional de Salud, mediante Sentencia S-2023-000610 del 1º de junio de 2023, resolvió acceder a las pretensiones de la demanda, en consecuencia, ordenó a SALUD TOTAL EPS, garantizar que el 1º de junio de 2023 a las 9:00 am sean efectivamente realizados los procedimientos médicos neurorrafía de nervio en brazo, inyección o infiltración de esteroide SOD, neurólisis de nervio en brazo vía endoscópica, lisis de adherencias de tendón (tenolisis), los cuales fueron programados en la Clínica San Rafael.

Como fundamento de su decisión, manifestó el A quo que, no es el agendamiento del servicio de salud requerido o pretendido por la demandante, lo que conlleva a un cumplimiento de la entidad promotora de salud de sus deberes, sino que es la efectiva prestación o entrega de la tecnología en salud, lo que permite concluir el cumplimiento efectivo de su obligación principal para con los usuarios en salud. Asimismo, dijo que una vez haya sido iniciada la atención en salud, debe garantizarse la continuidad del servicio, de manera que el mismo no sea suspendido o retardado, antes de la recuperación o estabilización del paciente. Concluyendo que del análisis armónico de la normativa aplicable y el material probatorio allegado al expediente, en aras de garantizar la vida, la dignidad y la salud de la demandante, se encuentra procedente acceder a las pretensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **SALUD TOTAL EPS**, presentó recurso de apelación y, como sustento del mismo, manifestó que el fallo desconoce que como agente del Sistema General de Seguridad Social en Salud, responsable de la prestación del Plan de Beneficios – antiguo POS- ha realizado todas y cada

[3] Archivo 4 del Expediente Digital

una de las acciones tendientes a garantizar los procedimientos y, en general, los tratamientos requeridos por la afiliada, teniendo como derroteros los principios de eficiencia, universalidad y solidaridad.

Añadió que el conjunto de procedimientos ordenados por el galeno tratante, que se realizaran en un mismo tiempo quirúrgico, fueron programados y realizados de manera efectiva, por los profesionales de la salud adscritos a la Clínica San Rafael, el día 1º de Junio de 2023, tal como lo indican los registros de la historia clínica, por manera que, en el presente caso se ha configurado la carencia actual del objeto por hecho superado, toda vez que, desde el momento mismo en que tuvo conocimiento sobre las dificultades presentadas para el acceso efectivo a la prestación de los servicios requeridos por la demandante, accionó de manera eficiente y célere el aparato administrativo, para garantizar dicha prestación[4].

PROBLEMA JURÍDICO

Analizados los fundamentos fácticos de la presente acción, lo decidido por la Superintendente Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, y el recurso de apelación propuesto por la parte pasiva, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* en estricta consonancia con las inconformidades planteadas en la alzada[5], si en el presente caso se configuró un hecho superado, al concretarse la prestación de los servicios de salud requeridos por la parte activa.

CONSIDERACIONES

Procede esta Sala de Decisión a desatar el asunto sometido a su escrutinio, para lo cual resulta preciso indicar que en los precisos términos del artículo 41 de la Ley 1122 de 2007, los usuarios del subsistema de seguridad

[4] Archivo 10 del expediente digital.
[5] Artículo 66 A del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social.

social integral en salud pueden pretender mediante un proceso verbal sumario la resolución de los conflictos relacionados con la cobertura de los servicios, tecnologías en salud o procedimientos incluidos en el plan de beneficios, cuando su negativa por parte de las EPS o las entidades que se les asimilen, ponga en riesgo o amenace la salud del usuario.

En el *sub lite*, la parte demandada pretende la revocatoria del fallo de primer grado, aduciendo para el efecto que es procedente considerar que en el caso analizado se ha configurado el hecho superado, por cuanto el objeto de inconformidad que llevó a la demandante a recurrir a los buenos oficios de la Superintendencia Nacional de Salud, desapareció, dado que ha cumplido con la obligación de aseguramiento a su cargo, como quiera que el conjunto de procedimientos ordenados por el galeno tratante, fueron programados y realizados de manera efectiva, por los profesionales de la salud adscritos a la Clínica San Rafael, el día 1º de Junio de 2023, tal como lo indican los registros de la historia clínica.

En lo que concierne al hecho superado, figura aplicable al caso, por cuanto respecto de las decisiones de la Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, son extensivas las sanciones previstas en materia de tutela de que trata el artículo 52 del Decreto 2591 de 1991, como así lo prevé el artículo 17 de la Ley 1797 de 2016, ha indicado la Corte Constitucional en sentencia T-149 de 2018 que:

> *«(…)*
> *17.La jurisprudencia constitucional ha identificado tres hipótesis en las cuales se configura el fenómeno de la carencia actual de objeto, a saber: (i) cuando se presenta un daño consumado; (ii) cuando acaece un hecho sobreviniente; y (iii) cuando existe un hecho superado.*
>
> *18.La hipótesis de daño consumado tiene lugar cuando "la amenaza o la vulneración del derecho fundamental han producido el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela". Esta situación puede concretarse, bien al interponerse la acción de tutela, o durante su trámite ante los jueces de instancia o en curso del proceso de revisión ante la Corte. En el primer caso, el juez debe declarar la improcedencia de la acción, de conformidad con lo dispuesto por el numeral 4 del artículo 6 del Decreto 2591 de 1991. En el segundo, a diferencia del supuesto de hecho superado –como*

seguidamente se precisa-, el juez tiene el deber de pronunciarse de fondo sobre el asunto. Este deber tiene por objeto evitar que "situaciones similares se produzcan en el futuro y [...] proteger la dimensión objetiva de los derechos que se desconocieron".

19.La carencia de objeto por el acaecimiento de un hecho sobreviniente tiene lugar cuando la situación que generó la amenaza o vulneración del derecho fundamental cesó bien, "porque el actor mismo asumió la carga que no le correspondía, o porque a raíz de dicha situación, perdió interés en el resultado de la litis". Entonces, el hecho sobreviniente, a diferencia del hecho superado, no tiene origen en una actuación de la parte accionada dentro del trámite de tutela. En razón de ello y, según las circunstancias de cada caso, el juez constitucional debe pronunciarse de fondo cuando encuentre que existan "actuaciones a surtir, como la repetición por los costos asumidos o incluso, procesos disciplinarios a adelantar por la negligencia incurrida".

20.Por último, la carencia actual de objeto por hecho superado tiene lugar cuando desaparece la afectación al derecho fundamental alegado y se satisfacen las pretensiones del accionante. Esta circunstancia puede ser consecuencia de "la observancia de las pretensiones del accionante a partir de una conducta desplegada por el agente transgresor", lo cual puede acaecer entre la presentación de la tutela y la sentencia del juez constitucional. Cuando se encuentra demostrada esta situación, el juez de tutela no tiene el deber de proferir un pronunciamiento de fondo. Sin embargo, de considerarlo necesario, puede realizar observaciones sobre los hechos que dieron lugar a la interposición de la acción de tutela, bien sea para condenar su ocurrencia, advertir sobre su falta de conformidad constitucional o conminar al accionado para evitar su repetición. En todos los casos, sin embargo, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, es necesario demostrar, en la providencia de que se trate, del acaecimiento del hecho superado.

21.De conformidad con la jurisprudencia constitucional, se han diferenciado tres criterios para determinar si ha acaecido o no el fenómeno de la carencia actual de objeto por hecho superado, a saber: (i) que con anterioridad a la acción de tutela exista una vulneración o amenaza a un derecho fundamental del accionante, cuya protección sea posteriormente solicitada; (ii) que durante el trámite de la acción de tutela haya cesado la vulneración o amenaza del derecho, y; (iii) que si la acción pretende el suministro de una prestación y, "dentro del trámite de dicha acción se satisface ésta [advierte la Sala, siempre y cuando no corresponda al cumplimiento de una orden del juez de tutela], también se puede considerar que existe un hecho superado". (Subraya fuera de texto).

Descendiendo al estudio del caso particular, se observa que a la demandante le fue diagnosticado traumatismo del nervio musculocutáneo, en virtud del cual se le ordenó neurorrafía de nervio en brazo, inyección o infiltración de esteroide SOD, neurólisis de nervio en brazo vía abierta y liberación de adherencias de tendón tenolisis brazo derecho, procedimientos

que en principio fueron programados para llevar a cabo el 27 de abril de 2023 a las 7:00 a.m. (páginas 1 y 3 archivo 3 del ED). Sin embargo, dicha programación fue cancelada por la demandada, aduciendo inconvenientes por el material (Archivo 3 Anexo del expediente digital).

Ahora bien, en el transcurso del presente trámite jurisdiccional, se observa que la convocada programó nuevamente cita para realizar la cirugía ordenada a la actora, para el día 1º de junio de 2023 a las 9:00 a.m. en la Clínica San Rafael (página 2 archivo 7 del ED), la cual en efecto se concretó en dicha fecha, como se observa de la historia clínica allegada con el recurso de apelación, en cuyo contenido se observa que a la señora Ángela María Cuéllar Hernández se le practicaron los siguientes procedimientos: descomprensión de nervio en brazo vía endoscópica, neurólisis de nervio en barco vía abierta y resección de tumor benigno de fascia, músculo, tendón, además, se efectuó la anotación *"NO SE REALIZA INFILTRACION (sic) POR ANTECEDENTE DE VENOPUNCION (sic) COMPLICADA POR LO QUE EN ESTE CASO DECIDO MINIMIZAR RIESGOS ASOCIADOS Y TRATAR CONSERVADORAMENTE EL MOFASCIAL"* (Páginas 4 a 5 Archivo 10 del ED).

Puestas así las cosas, la parte demandada ha acreditado el cumplimiento de su obligación, al llevar a cabo los procedimientos que le fueron ordenados a la demandante, atendiendo el criterio del médico tratante, y en esa medida, se configuran los presupuestos previstos por la jurisprudencia anteriormente citada, para considerar, que en *sub judice* se ha configurado el hecho superado, razón suficiente para revocar la decisión de primera instancia en su integridad.

Sin costas de esta instancia ante la prosperidad del recurso de apelación formulado por la encartada.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

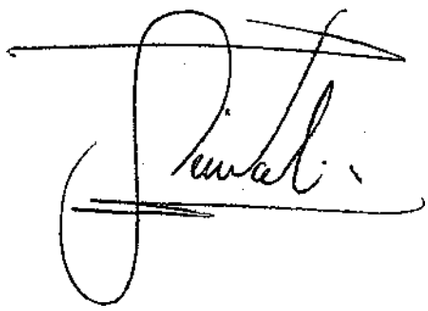
RESUELVE:

PRIMERO: REVOCAR la Sentencia S-2023-000610 del 1º de junio de 2023, proferida por la Superintendencia Nacional de Salud, para en su lugar DECLARAR la carencia actual de objeto por HECHO SUPERADO, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS de esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	1001-31-05-001-2018-00045-02
DEMANDANTE:	STIVEN CAMILO HURTADO PINILLA
DEMANDADO:	PORVENIR S.A. Y OTRO
ASUNTO:	Consulta Sentencia 24 de marzo de 2023
JUZGADO:	Juzgado 41 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Nulidad dictamen de calificación
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor del DEMANDANTE frente a la sentencia del 24 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario promovido por **STIVEN CAMILO HURTADO PINILLA** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **JUNTA REGIONAL DE CALIFICACIÓN DE INVALIDEZ DE BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA - JRCI** con radicado No. **1001-31-05-001-2018-00045-02.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

El promotor de la acción pretende se declare *"erróneo"* el porcentaje de discapacidad definido en el dictamen pericial 1078370398 del 30 de mayo de 2017, emitido por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca, el cual debe ser señalado judicialmente por enfermedad de origen común; en consecuencia, de ello, se condene a Porvenir S.A. a reconocer a su favor una pensión de invalidez desde el 30 de mayo de 2017, en cuantía no inferior al SMLMV, junto con las mesadas de junio y diciembre, los intereses moratorios, la indexación y las costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifiesta que nació el 8 de octubre de 1991, motivo por el cual cuenta con 26 años. Que estuvo vinculado en el cargo de obrero, siendo su último empleador Analdes S.A., además, estuvo afiliado a la AFP Porvenir S.A. realizando aportes para los riesgos de vejez e invalidez. Que el 11 de octubre de 2014 fue arrollado por una motocicleta, lo cual le provocó múltiples traumatismos en su humanidad y le generó diversas secuelas que le impiden hablar y respirar normalmente, no pudiendo realizar labor remunerativa alguna para atender los gastos de su mejor hija y los propios, aclarando que los mismos están siendo asumidos precariamente por su madre, quien es una persona de la tercera edad. Añadió que la discapacidad que padece es de carácter permanente e irreversible y fue valorada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca mediante dictamen pericial 1078370398 del 30 de mayo de 2017, en el que se terminó una PCL del 41,30%, sin embargo, tal porcentaje no corresponde a su real estado de discapacidad, el cual es superior al 50%. Que dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez cuenta con un total de 88 semanas de cotización.

[1] Páginas 220 a 228 Archivo 03 Expediente Digital

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.[2]

La AFP se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumento de defensa expuso, en síntesis, que la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá y Cundinamarca le calificó al actor la pérdida de capacidad laboral en un porcentaje del 41,30%, lo cual no fue impugnado por este, lo que hace que la misma goce de completa legalidad y se encuentre actualmente en firme, acotando que el extremo activo no cumple con el requisito previsto en el artículo 38 de la Ley 100 de 1993 para ser merecedor de la pensión que reclama.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de las obligaciones que se pretenden reducir en juicio a cargo de mi mandante-ausencia del derecho sustantivo, cumplimiento de las obligaciones que se pretenden reducir en juicio a cargo de la demandada, falta de causa para pedir – incumplimiento de los requisitos legales, cobro de lo no debido, buena fe y prescripción.

JRCI[3]

La Junta Regional se opuso a la prosperidad de las pretensiones y, como argumentos de defensa, en síntesis, señaló que lo pretendido por la parte demandante carece de soportes técnicos, médicos, científicos y jurídicos, aunado a que las juntas de calificación de invalidez dada su naturaleza jurídica, no se encuentran obligadas a pagar prestaciones asistenciales o económicas derivadas de las contingencias presentadas a los trabajadores y sometidas a su decisión en calidad de peritos.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Legalidad de la calificación emitida por la Junta Regional de Calificación de Invalidez,

[2] Páginas 1 a 11 Archivo 22 Expediente Digital
[3] Archivo 26 Expediente Digital

carencia de fundamento legal técnico médico-científico, las decisiones de la Junta Regional de Calificación de Invalidez son susceptibles del recurso de apelación, confusión de conceptos, falta de legitimación por pasiva: inexistencia de pretensiones respecto a la Junta Regional de Calificación de Invalidez, inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe de la parte demandada y la genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 24 de marzo de 2022, absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones de la demanda y condenó en costas a la parte actora.

Como fundamento de su decisión, manifestó la A quo, previa mención del ordenamiento jurídico aplicable en la calificación del estado de invalidez, de las funciones que cumplen las Juntas de Calificación, de los parámetros establecidos en el manual único de calificación de invalidez y de los derroteros jurisprudenciales establecidos cuando se presenta ante el Juez Laboral una controversia frente a un dictamen de calificación de invalidez, que en el dictamen decretado de oficio por el Juzgado ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, el cual fue realizado teniendo en cuenta la historia clínica del demandante y valorados los antecedentes de la Junta aquí convocada, se estableció que el actor presenta una pérdida de capacidad laboral igual al 26%, es decir, que se determinó un porcentaje incluso inferior que al definido por la Junta Regional demandada.

Refirió que en el expediente solo existen 3 elementos de carácter técnico, esto es, los emitidos por la AFP Porvenir, la Junta Regional y la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, para establecer el porcentaje de pérdida de capacidad laboral, resaltando que el demandante no cumplió con la carga impositiva dispuesta en el artículo 167 del CGP y en la jurisprudencia de la CSJ, pues le correspondía demostrar los errores en los que pudieron incurrir ambas juntas. Añadió que la historia clínica allegada no es suficiente para

desvirtuar los dictámenes de las Juntas, porque en ella solo se narran los tratamientos, controles y exámenes realizados al actor, con la participación de un solo médico tratante, es decir, sin la concurrencia del conglomerado que conforma la Junta Regional y la Junta Nacional.

Concluyó que no es procedente modificar el porcentaje de PCL definido por la Junta Regional demandada, siendo improcedente el reconocimiento pensional, en tanto el actor no presenta una PCL de por los menos el 50%.

CONSULTA

Se surte el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de la parte demandante, por causa y con ocasión de lo dispuesto en el art. 69 C.P.T.S.S., Mod., Ley 1149 de 2007 art. 14, por haber sido la sentencia de primera instancia totalmente adversa a sus pretensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Analizados los fundamentos fácticos y las pretensiones de la presente acción, lo decidido por la Primera Instancia, y el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor del demandante, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales, se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* el determinar sí es procedente modificar el porcentaje de pérdida de capacidad laboral del demandante. De

ser así, se deberá establecer si este tiene o no derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que no ameritan discusión dentro del presente asunto: **1.** Que Seguros de Vida Alfa S.A. calificó al demandante, mediante dictamen del 22 de junio de 2017, con 26.20% de PCL de origen común, estructurada el 30 de mayo de 2017 (Página 15 Archivo 22 ED); **2.** Que la JRCI de Bogotá y Cundinamarca calificó al actor a través de dictamen del 7 de diciembre de 2017, con 41.30 % de PCL de origen común, con fecha de estructuración del 5 de octubre de 2017 (Páginas 9 a 14 Archivo 03 ED).

Para resolver el problema jurídico planteado es obligatorio referir que de conformidad con lo previsto en el Decreto 1352 de 2013, las Juntas de Calificación de Invalidez son organismos de creación legal, autónomos, sin ánimo de lucro, de carácter privado, sin personería jurídica, cuyas decisiones, en principio, son de carácter obligatorio, y tienen como finalidad, la evaluación técnico científica del origen y el grado de pérdida de la capacidad laboral de aquellas personas que hacen parte del Sistema General de Seguridad Social, de conformidad con lo previsto en el artículo 42 de la Ley 100 de 1993 modificado por el artículo 16 de la Ley 1562 de 2012.

En desarrollo de sus funciones, las Juntas de Calificación de Invalidez, emiten dictámenes de naturaleza puramente técnico-científico, debiendo para ello ceñirse al manual único de calificación de invalidez contenido en el Decreto Reglamentario 1507 de 2014, donde se establecen las pautas para calificar el origen, fecha de estructuración y el grado de pérdida de la capacidad laboral, como consecuencia de la enfermedad o del accidente y definir la deficiencia, discapacidad y minusvalía, así como la determinación de su origen.

La Ley ha dispuesto la organización jerárquica de las Juntas de Calificación de Invalidez, indicando los procedimientos que en relación a sus funciones les competen, es así, que la Junta Nacional de Calificación de invalidez tiene a su cargo la resolución de las controversias que en segunda instancia sean sometidas para su decisión por las juntas regionales, sin que en esta organización administrativa exista un superior jerárquico a la Junta Nacional de Calificación de invalidez, convirtiéndose así en la última instancia de calificación de la PCL de los afiliados al SGSSI.

Ahora, cumple indicar que de conformidad con el artículo 44 del Decreto 1352 de 2013, las controversias que se susciten en relación con los dictámenes emitidos en firme por las Juntas de Calificación de Invalidez, serán dirimidas por la Justicia Ordinaria Laboral, siendo pertinente señalar que la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, ha sostenido que los parámetros señalados en el dictamen de la Junta no son intocables y que el Juez laboral y de la Seguridad Social tiene la potestad de analizar los hechos demostrados, es decir, el entorno fáctico y el conjunto de circunstancias a partir del cual se dio la calificación, sin embargo, dicha facultad tiene un límite. En sentencia la SL1044 del 20 de marzo de 2019 M.P. CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, dijo la CSJ:

"De ninguna manera ha considerado la Corte que los hechos relativos a las circunstancias de tiempo, modo y lugar sobre el hecho genitor de la minusvalía, tenidos en cuenta por uno de tales entes, o por ambos si se agotan las dos instancias, sean materia incontrovertible ante la jurisdicción del trabajo (…) Reitera la Corte, entonces, su criterio ya decantado de que los jueces del trabajo y de la seguridad social sí tienen plena competencia y aptitud para examinar los hechos realmente demostrados que contextualizan la invalidez establecida por las juntas, a fin de resolver las controversias que los interesados formulen al respecto. Ello, por supuesto, no llega hasta reconocerle potestad al juez de dictaminar en forma definitiva, sin el apoyo de los conocedores de la materia, si el trabajador está realmente incapacitado o no y cuál es la etiología de su mal, como tampoco cuál es el grado de la

*invalidez, ni la distribución porcentual de las discapacidades y minusvalías". (*Subrayas de la Sala).

En el caso concreto, sostiene el demandante que el porcentaje de PCL definido por la JRCI en un 41,30% resulta erróneo, toda vez que en la realidad, presenta una pérdida de capacidad laboral superior al 50%. Sin embargo, debe indicar la Sala que analizados con minuciosidad, los medios de convicción obrantes en las diligencias, que corresponden al dictamen proferido por Seguros de Vida Alfa S.A., el dictamen aquí controvertido emitido por la JRCI de Bogotá y Cundinamarca, la historia clínica del demandante y el dictamen decretado de oficio por el Juzgado de Conocimiento ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez (Archivo 39 del ED), indefectiblemente debe colegirse que no existen elementos de juicio con la identidad suficiente para considerar que el señor STIVEN CAMILO HURTADO PINILLA presenta una PCL igual o superior al 50%, y por tanto, no puede catalogarse como una persona que se encuentra en estado de invalidez.

Ello es así, en la medida que como se indicó en los hechos no controvertidos, se tiene que Seguros de Vida Alfa S.A. calificó al demandante, mediante dictamen del 22 de junio de 2017, con 26.20% de PCL de origen común, estructurada el 30 de mayo de 2017; a su vez la Junta Regional convocada calificó al actor a través de dictamen del 7 de diciembre de 2017, con 41.30 % de PCL de origen común, con fecha de estructuración del 5 de octubre de 2017; finalmente, en dictamen decretado de oficio por el Juzgado ante la Junta Nacional de Calificación de Invalidez, mismo que fue proferido el 23 de septiembre de 2022, teniendo en cuenta la historia clínica del demandante, se le determinó una PCL del 26,70%, por accidente de origen común, sobre los diagnósticos estenosis subglótica consecutiva a procedimientos, fractura de la diáfisis de la tibia y peatón lesionado por colisión con vehículo de motor dos o tres ruedas: accidente de tránsito, con fecha de estructuración 14 de noviembre de 2017, *"fecha en la cual después de rehabilitación se establecieron de forma permanente las secuelas"* (Archivo 39 del ED).

Por tanto, resulta claro que de las diversas experticias obrantes en el expediente, no es posible advertir el porcentaje de pérdida de capacidad laboral perseguido por el actor, pues pese a que todos ellos, dan cuenta de valores diferentes, son coincidentes en cuanto a que el señor HURTADO PINILLA no alcanza si quiera una PCL del 50%, no pudiendo la Sala establecer una conclusión distinta, ni siquiera a partir de la historia clínica allegada en las diligencias, toda vez que esta, tal y como lo advirtió el A quo, da cuenta de los diagnósticos, tratamientos, procedimientos y valoraciones efectuadas al convocante, que no le permiten al Juzgador separarse del criterio técnico científico emitido por los expertos en la materia, quienes valoraron dicha documental a la luz del Decreto Reglamentario 1507 de 2014.

Aunado a ello, debe decirse que el demandante no expone ampliamente las razones por las cuales el porcentaje definido por la JRCI, presenta errores, pues únicamente se limitó a afirmar, sin allegar una prueba adicional a la decretada de oficio por el Juzgado de Conocimiento, que en realidad presenta una PCL de más del 50%.

Recuérdese que, de conformidad con el artículo 167 del C.G.P., le incumbe a la parte demandante demostrar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen, lo cual no fue atendido por el extremo activo, pues al revisar de forma minuciosa el plenario y analizar en su conjunto todo el acervo probatorio, no se encuentra un elemento de juicio con la identidad suficiente que lleve a la Sala a colegir que, contrario a lo definido por la JRCI, su porcentaje de PCL es superior al 50%; antes bien, existe dos dictámenes que establecieron un porcentaje muy inferior al definido por la Junta demandada, sin embargo, como quiera que el Juzgado de Conocimiento dejó incólume la determinación de tal convocada, no se procederá a efectuar ninguna modificación, por cuanto la decisión de primer grado se revisa en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor del actor.

Así las cosas, como quiera que el accionante no cuenta con el requisito indispensable para ser merecedor de una pensión de invalidez, como lo es una

PCL del 50% o más, en virtud del artículo 38 de la Ley 100 de 1993, no es procedente acceder a la prestación en referencia, siendo lo procedente confirmar la sentencia de primera instancia en su integridad.

Sin costas en esta instancia en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la Sentencia del 24 de marzo de 2023, proferida por el Juzgado Cuarenta y Uno (41) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia en virtud del grado jurisdiccional de consulta.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-001-2019-00855-01
DEMANDANTE:	CAMPO ANÍBAL NOSSA RIVERA
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS.
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 14 de junio de 2023.
JUZGADO:	Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de julio dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por SKANDIA S.A., PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de esa misma entidad, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 14 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **CAMPO ANÍBAL NOSSA RIVERA** contra **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-001-2019-00855-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

El promotor de la acción pretende se declare la ineficacia de traslado realizado del RPM al RAIS administrado por HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., e igualmente, la afiliación realizada ante la AFP SKANDIA y que, COLPENSIONES deberá reconocer la pensión por vejez a su favor, una vez acredite los requisitos de edad y semanas de cotización exigidos por el artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por la Ley 797 de 2003; como consecuencia de ello, se condene a la AFP PORVENIR S.A y a la AFP SKANDIA S.A. a trasladar hacia el RPM administrado por COLPENSIONES, el capital y los rendimientos financieros acumulados en el fondo de pensiones desde el 1º de enero de 2001 y hasta la sentencia que ponga fin a la controversia; se condene a COLPENSIONES a recibir dichos dineros en forma de semanas cotizadas y se contabilicen válidamente dentro de su historia laboral, como si nunca se hubiera cambiado de régimen de pensión y siempre hubiera permanecido en el RPM; se condene a COLPENSIONES para que luego de su retorno le reconozca y pague una pensión de vejez en los términos de los artículos 9º y 10º de la Ley 797 de 2003, una vez acredite el cumplimiento de los requisitos establecidos en dicha normativa; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita* y costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 19 de julio de 1962. Que se afilió al extinto ISS hoy COLPENSIONES desde el 10 de diciembre de 1.992 hasta el 31 de diciembre de 2000, cotizando un total de 399,71 semanas. Que a partir del 1º de enero de 2001, se trasladó a la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A. porque el asesor de la sociedad le indicó que el SS iba a entrar en bancarrota, dejando a sus afiliados sin posibilidad de pensionarse en el futuro, aunado a que en el RAIS se podía pensionar a la edad que quisiera, sin explicar con suficiencia, claridad y veracidad cuál debía ser el monto del capital que debía acumular para acceder a la pensión en esas condiciones. Que el asesor además de brindar información incompleta y fraccionada por el evidente conflicto de intereses con el que actuó al vender dicho producto financiero, guardó silencio respecto de las consecuencias jurídicas, una vez se adhiriera al fondo. Que se le indicó sin soporte financiero alguno que al llegar a la edad de jubilación con seguridad obtendría una mesada pensional superior a la que pudiera obtener en el ISS. Que desde el mes de enero de 2013, se trasladó a la AFP Skandia S.A., en donde

[1] Páginas 4 a 28Archivo 01 Expediente Digital

también se le indicó que su mesada pensional sería superior a la que pudiera obtener en el RPM. Que ambas AFP faltaron al deber de profesionalidad y rebelando impericia, omitieron informarlo objetivamente sobre las ventajas y desventajas de adherirse al fondo obligatorio de pensiones, el cual se caracteriza por invertir los recursos de las cotizaciones en pensión en el sistema financiero, bajo economías de mercado, fluctuantes y con rendimientos inciertos por las variaciones de la economía local e internacional. Que solicitó ante Colpensiones su traslado de régimen pensional, sin embargo, el mismo le fue negado por la entidad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A.[2]

La administradora de fondos de pensiones se opuso a las pretensiones de la demanda formuladas en su contra, para lo cual manifestó que la parte activa al momento de afiliarse a Skandia, venía de estar afiliada a Porvenir S.A., por ende ya tenía un conocimiento previo del funcionamiento del RAIS, sus ventajas, características y demás componentes del mismo, por lo que su asesoría, se tomaba más como una reafirmación de los argumentos ya conocidos por el demandante. Que de acuerdo con la ley, la selección de régimen del Sistema General de Pensiones es libre y voluntaria por parte del afiliado, por lo que en tal sentido, al seleccionar el RAIS, el demandante aceptó todas y cada una de las condiciones propias de dicho régimen, conforme lo dispone la Ley 100 de 1993 y sus decretos reglamentarios.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Skandia no participó ni intervino en el momento de selección de régimen, ausencia de configuración de causales de nulidad, inexistencia de violación al debido proceso para el momento de la afiliación al RAIS, ausencia de falta al deber de asesoría e información, los supuestos fácticos de este proceso no son iguales o similares, ni siquiera parecidos al contexto de las sentencias invocadas por el demandante, prescripción, buena fe y la genérica.

PORVENIR S.A.[3]

[2] Páginas 107 a 188 Archivo 01 Expediente Digital
[3] Páginas 255 a 256 Archivo 01 Expediente Digital

Mediante auto del 30 de junio de 2021, el Juzgado de Conocimiento tuvo por no contestada la demanda por parte de la AFP Porvenir S.A.

COLPENSIONES[4]

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que la AFP Porvenir S.A. cumplió con el deber de información, por cuanto se hizo presente en la antesala de la afiliación a la presente data en la que el demandante aún se encuentra afiliado, interregno en el cual debe conocer por su propia cuenta la norma que regula el régimen para el cual efectúa aportes, pues el artículo 11 del Código Civil es claro al manifestar que los efectos de la ley se surten a partir de su promulgación, lo que hace imperioso el conocimiento de la norma que regula los derechos, deberes y obligaciones como afiliado de un régimen, el cual sin lugar a equívocos regula el artículo 59 y s.s. de la Ley 100 de 1993, además, al ser taxativas las causales de nulidad resulta necesario que se prueben en el proceso.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, falta de reclamación administrativa, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y genérica.

MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.[5]

Mediante auto del 6 de febrero de 2023, el Juzgado de Conocimiento tuvo por no contestada la demanda y el llamamiento en garantía por parte de MAPFRE COLOMBIA VIDA SEGUROS S.A.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 14 de junio de 2023, declaró la ineficacia de traslado del demandante realizado a través de las AFP Porvenir S.A. y Skandia S.A.; ordenó a Colpensiones autorizar el traslado del actor al RPM, en las mismas condiciones pensionales que tenía al momento de haber sido trasladado al RAIS; ordenó a Porvenir S.A. y a Skandia S.A. trasladar con destino a Colpensiones los aportes efectuados por el demandante en

[4] Páginas 228 a 242 Archivo 01 del Expediente Digital
[5] Archivo 05 del Expediente Digital

el RAIS, junto con todos los rendimientos financieros, frutos e intereses a que haya lugar, el bono pensional, los gastos de administración, lo que tiene que ver con la prima de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, los porcentajes destinados a formar el fondo de garantías mínimas y valores utilizados en seguros previsionales, debidamente indexados con cargo a sus propias utilidades, por el tiempo en que el demandante estuvo afiliado a cada una de las administradoras demandadas, sin que les sea dable efectuar descuento alguno de la cotización total realizada por el convocante; declaró que Colpensiones puede obtener por las vías judiciales pertinentes el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento en que asuma la obligación pensional del demandante, en valores no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto; declaró no probadas las excepciones formuladas por las convocadas; absolvió a la llamada en garantía Mapfre Colombia Vida Seguros S.A. de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra; sobre la pensión del demandante declaró que debe acreditar su desafiliación del sistema y dirigirse a la entidad de seguridad social Colpensiones a fin que proceda a su reconocimiento; no impuso condena en costas.

Como fundamentos de su decisión, el *A quo* señaló que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado haya cumplido con el deber legal de informar a la parte demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia del traslado, junto con las consecuencias propias que ello acarrea de acuerdo a la jurisprudencia actual. Sobre el llamamiento en garantía dijo que si bien se celebró un contrato de seguros entre Skandia S.A. y Mapfre Colombia Vida Seguros S.A., lo cierto es que dentro del mismo se fijó la cobertura de los riesgos de invalidez, vejez y muerte, siendo claro que no cobija la ineficacia de la afiliación, que es lo pretendido en este caso por la parte actora. En cuanto a la pensión de vejez, indicó que la misma debe ser reconocida por Colpensiones cuando el demandante reúna los requisitos para el efecto y una vez efectúe su retiro del Sistema.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **SKANDIA S.A.**, interpuso recurso de alzada en contra de la decisión, argumentando que no es procedente efectuar la devolución de los

descuentos realizados a título de comisiones y seguros previsionales, porque estos fueron descontados en beneficio del demandante y por autorización legal de la Ley 100 de 1993, resaltando que se utilizaron para administrar la cuenta de ahorro individual del convocante, mediante gestiones administrativas representadas en inversiones que generaron los rendimientos financieros; aunado a ello, dijo que la orden impartida sobre dichas sumas está generando un perjuicio en contra de la AFP y un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones, pues se desconoce el trabajo que realizó la sociedad, al igual que la teoría de las restituciones mutuas. Señaló sobre los seguros previsionales quem, los mismos tienen como finalidad lograr el cubrimiento de los riesgos de invalidez y muerte, además, dichos recursos no son administrados por Skandia, en tanto se entregan a un tercero, que para el caso corresponde a la llamada en garantía Mapfre, además la consecuencia de la ineficacia de traslado, implica que no exista un vínculo jurídico que ate al demandante con la aseguradora, quien por esa razón debe retornar esos recursos recibidos a título de primas. Concluyó advirtiendo que sobre los emolumentos debatidos no procede la indexación, porque no han perdido su valor adquisitivo, ya que están inmersos en el porcentaje de cotización que se exige tanto en el RAIS como en el RPM.

La demandada **PORVENIR S.A.,** formuló recurso de apelación, aduciendo para el efecto, que no existe razón alguna para efectuar la devolución de los gastos de administración, comisiones y seguros previsionales, toda vez que son una obligación de tracto sucesivo que no forman parte del capital destinado a financiar la pensión de vejez, además, fueron previstos por la Ley 100 de 1993, como una cuota de administración que se materializa en la buena gestión que la AFP realizó sobre los aportes que hizo el demandante, al generarse rendimientos durante su afiliación. Señaló que el traslado de los dineros generaría un enriquecimiento sin justa causa a favor de Colpensiones porque se le entregarían dineros que no administró durante más de 20 años, de los cuales 13 años, estuvieron a cargo de Horizonte hoy Porvenir S.A. Concluyó advirtiendo que esas sumas de dinero ya se encuentran actualizadas, de manera que la orden de un pago indexado, genera una doble condena en contra de la AFP, porque los rendimientos financieros como sumas actualizadas, superaron con creces cualquier devaluación económica que se hubiere presentado, lo cual encuentra respaldo en decisiones proferidas por el Tribunal Superior de Cali.

Finalmente, la demandada **COLPENSIONES** formuló recurso de apelación, aduciendo que la decisión del A quo conlleva la afectación del patrimonio del

administrador del RPM, pues si bien existe un criterio jurisprudencial sentado por la Corte Suprema de Justicia, lo cierto es que cada caso debe ser analizado de manera particular, y es por ello que, el demandante no puede ser exonerado de su deber de ilustrarse frente a la decisión de traslado, de conformidad con el Decreto 2241 de 2010, en el que se establecen las obligaciones del demandante en el Sistema General de Pensiones. Dijo que el actor tampoco se encuentra disminuido para celebrar actos y contratos, por manera que fue negligente en su decisión y menos aún hizo uso de los mecanismos legales para dejar sin efectos la afiliación, como lo son el retracto y la recisión. Señaló que conforme a la sentencia C 242 de 2009 ha de considerarse la sostenibilidad financiera del sistema, que constituye principio constitucional por virtud del artículo 48 de la CP. Advirtió que el eventual pago de la pensión del accionante, se llevaría a cabo sin considerar que este hizo su ahorro de manera individual, sin financiar las pensiones del RPM, a más que ese ahorro no será suficiente para reconocer tal prestación.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por CAMPO ANÍBAL NOSSA RIVERA al régimen de ahorro individual administrado por la AFP HORIZONTE hoy PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora**

tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó PROVENIR S.A., quien, se *itera*, tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *"afirmaciones o negaciones indefinidas",* se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ***"(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (…)"*** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** (Página 99 archivo 01 del ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, y posteriormente, con SKANDIA S.A. (página 111 Archivo 01 del ED), no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de la Administradora poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto los formatos de afiliación suscritos por el demandante no fueron elaborados libremente por las AFP del RAIS demandadas, sino que correspondían a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que las entidades cumplieran con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el demandante a **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por el demandante, bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de

información, asesoría y buen consejo por la parte demandada, pues al actor no se le indagó nada en relación con lo acaecido en el momento en que se trasladó al RAIS a través de Horizonte hoy Porvenir S.A. (Min. 58:31 a 56:23 archivo 09del Expediente Digital).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el actor y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual del afiliado, incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración que cobró la AFP durante el tiempo en que estuvo vinculado el demandante, cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en ese aspecto.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

> *"(…) 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. (…)"*

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión del A quo de ordenar a las AFP trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración e incluso con los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que

el accionante estuvo afiliado a cada administradora del RAIS, pues así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021, con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Debe resaltarse que el hecho de que se ordene que tales conceptos deben ser devueltos por las AFP del RAIS debidamente indexados, no implica una doble sanción como lo pretenden hacer ver las AFP recurrentes, pues una cosa son los rendimientos que por ley debe generar el capital ahorrado en la cuenta de ahorro individual, y otra muy distinta, los emolumentos tales como gastos de administración, aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y prima de seguros previsionales, los cuales nunca debieron ingresar al RAIS, sino que debieron ser recaudados por el RPM, y frente a los cuales no se generan los rendimientos, como quiera que estos nunca ingresan a la cuenta de ahorro individual, ya que son descontados por la AFP de forma anticipada y que, por el paso del tiempo, se ven afectados por el efecto inflacionario. De ahí que COLPENSIONES tiene derecho a recibirlos debidamente actualizados.

Adicionalmente, ha de indicarse que tales obligaciones, en el caso de Skandia S.A., deben ser asumidas en su totalidad por la mencionada AFP, puesto que en el presente caso no es procedente condenar a Mapfre, vinculada al trámite en condición de llamada en garantía, porque la póliza suscrita con la mencionada aseguradora solo cubre la suma adicional que sea necesaria para completar el capital que financie el monto de una pensión cuando ocurre la muerte o invalidez del afiliado; aunado a que la ineficacia del traslado de régimen se dio como consecuencia del incumplimiento al deber de información que radica única y exclusivamente en cabeza de las AFP, por lo que esos conceptos son condenados con cargo a sus propios recursos, como ya se anotó.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando

prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[…] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que "En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: *«[…] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*.

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración, y demás emolumentos descontados.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, construidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el

carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, PORVENIR y SKANDIA, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago, para cada una.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 14 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Primero (1º) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES, PORVENIR S.A.** y **SKANDIA,** inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV para cada una al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

ÉDGAR RENDON LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-005-2020-00112-01
DEMANDANTE:	ANAID DÍAZ CHARRO.
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación Sentencia y Consulta del 27 de enero de 2023
JUZGADO:	Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia Traslado
DECISIÓN:	MODIFICA Y ADICIONA

Hoy, treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por Colpensiones, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad, respecto de la sentencia del 27 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ANAID DÍAZ CHAPARRO** contra **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES** y **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con radicado No**. 11001-31-05-005-2020-00112-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia de traslado al RAIS que realizó a través de la AFP Porvenir S.A., por haberse obtenido con vicios en el consentimiento; como consecuencia de ello, ordenar a Colpensiones a afiliarlo en el RPM, procediendo a recibir por parte de la AFP Porvenir S.A. la totalidad de los aportes ahorrados durante el tiempo de su afiliación hasta su efectivo traslado; condenar a la AFP Porvenir S.A. a realizar el traslado a Colpensiones de la totalidad de sus ahorros en la cuenta individual más el bono pensional, los rendimientos y demás sumas de dinero recaudadas durante todo el tiempo de su afiliación; como pretensión subsidiaria se declare únicamente válida la afiliación realizada por la señora Anaid Díaz Chaparro al Régimen de Prima Media con Prestación Definida teniendo en cuenta que existió multivinculación al momento de realizar el traslado de régimen con la administradora de RAIS Horizonte S.A., hoy Porvenir S.A. toda vez que la escogencia de régimen efectuada el 14 de abril de 1997 bajo el exempleador Universidad del Tolima, consumada de RPMPD, por lo que al momento de realizar el traslado a la AFP privada no habían transcurrido los 3 años a partir de la selección inicial, consecuente a ello se retrotraigan las cosas a su estado anterior y se ordene a Colpensiones a recibir a la demandante junto con todos los aportes realizados, rendimientos financieros, actualización de su historia laboral, que se falle extra y ultra petita, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que inició su vida laboral el 14 de abril de 1997, por lo cual fue vinculado como cotizante al extinto ISS hoy Colpensiones a través de su empleador Universidad del Tolima. Que se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A. el 23 de abril de 1997 cuando fue visitado por agentes comerciales del fondo, quienes le afirmaron que en la AFP lograría pensionarse con una mesada equivalente al 110% de sus ingresos al momento del retiro, y con requisitos de edad y tiempo de cotizaciones menores que los exigidos en el RPM. Que, de acuerdo a proyecciones pensionales realizadas por Porvenir S.A., su pensión de vejez

[1] Páginas 1 a 15 Archivo 03 del ED.

en el RPM sería mayor a la que percibiría en el RAIS, toda vez que en el RAIS devengaría la suma de $828.116 para el año 2019 y para el mismo año en el RPMPD la mesada ascendería a la suma de $3.167.794. Sostiene que presentó reclamación administrativa el 15 de enero de 2020, recibiendo respuesta negativa al día siguiente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES-COLPENSIONES.[2]

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que, en virtud de las pruebas arrimadas al proceso se evidencia que el actor, se encuentra válidamente afiliado al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP Porvenir S.A. Añade que, de acuerdo a su historia laboral se registran cotizaciones al extinto ISS efectuados por la Universidad del Tolima por los periodos entre el 1 de marzo de 1997 al 30 de abril de 1997. Que, según el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, literal e), los afiliados al Sistema General de Pensiones, no podrán trasladarse de régimen cuando les faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez, salvo los afiliados que tuvieran 15 años cotizados a la entrada en vigencia del Sistema General de Pensiones, para quienes se conservó el derecho a regresar al RPMPD en cualquier tiempo.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: La inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones, en casos de ineficacia de traslado de régimen, Responsabilidad de las entidades de la seguridad social, Sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, El error de derecho no vicia el consentimiento, Inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (acto legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), Buena fe de

[2] Páginas 1 a 27 archivo 6 del ED.

Colpensiones, Cobro de lo no debido, Falta de causa para pedir, Presunción de legalidad de los actos jurídicos, Inexistencia del derecho reclamado, Prescripción y Genérica.

ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.[3]

La demandada PORVENIR S.A. se opuso a las pretensiones formuladas por la parte activa y como argumentos de defensa, manifestó que el traslado de régimen pensional del demandante es completamente válido, en la medida que no aporta prueba que permita concluir que se dio por incumplimiento del deber de información. Además, señala que, si lo que arguye el demandante es la existencia de un vicio del consentimiento, le competía acreditar los supuestos en los que se funda; sin embargo, de acuerdo con los documentos aportados no se logra evidenciar soporte alguno que permita acreditar la existencia de error, fuerza o dolo. A más que, la demandante al momento de suscribir el formulario, lo hizo de forma libre y espontánea completamente informada, pues recibió asesoría de manera verbal por parte de la AFP, con la información suficiente y necesaria para el traslado de régimen pensional.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Prescripción, Buena fe, Inexistencia de la obligación, Compensación y Genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 27 de enero de 2023, declaró la nulidad del traslado del RPM al RAIS, que realizó el actor a través de la AFP Porvenir S.A.; ordenó a Porvenir S.A. que traslade a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y, a su vez, a esta entidad a recibir los aportes

[3] Páginas 2 a 25 archivo 08 del ED.

del demandante procediendo a actualizar su historia laboral; condenó en costas a Porvenir S.A.

Como fundamento de su decisión, manifestó el *A quo* que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el Fondo Privado haya cumplido con el deber legal de informar al demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la nulidad de traslado de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA COLPENSIONES**, formuló recurso de apelación de forma parcial aduciendo para el efecto, que debe ordenarse el traslado de todos los aportes recibidos con ocasión de la afiliación de la demandante al RAIS, como gastos de administración, aportes a seguros previsionales por invalidez y sobrevivencia, así como los aportes efectuados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, como sustento de su inconformidad citó las sentencia SL 1421-2019 y SL2611-2020, y resaltó que los gastos de administración fueron obtenidos como resultado de una conducta indebida al momento del traslado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por ANAID DÍAZ CHAPARRO al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva. En caso afirmativo si es procedente la devolución de gastos de administración, seguros previsionales por invalidez y sobrevivencia, como los aportes efectuados al Fondo de Garantía de Pensión Mínima.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó **PORVENIR S.A.**, quien, se *itera*, tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *"afirmaciones o negaciones indefinidas",* se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ***"(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (…)"*** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PORVENIR S.A.**, el 23 de abril de 1997 (página 60 archivo 04 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por el demandante no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante a **PORVENIR S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso

de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues la actora fue claro al manifestar que hacia el año 1997, cuando trabajaba en la Universidad del Tolima, se acercó un asesor indicándole que se podía trasladar a Porvenir S.A., ante la inminente desaparición del ISS. Señaló que la reunión fue individual dentro de las instalaciones de la Universidad de Tolima y duró aproximadamente quince (15) minutos, que no leyó el formulario de afiliación pues los datos fueron diligenciados por el propio asesor. Que el asesor le señaló que en el RAIS podría adquirir una pensión más alta, a una edad menor, aunado a que sus ahorros iban a tener un margen de ganancias mayor. Afirma que no tenía conocimiento del Sistema General de Pensiones, por eso cometió el error de confiar en lo que el asesor en su momento le explicó. *(conteo de audio Min. 07:20– 14:50 archivo de audio y video 17ED).*

Así las cosas, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, debe decirse que debió declararse la ineficacia de este, e impartirse la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante al RPM no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, generados durante la permanencia del afiliado en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general; en tal sentido se pronunció la Corte

Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[…] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, ha indica que *"En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo. 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: «[…] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas».*

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, construidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Dilucidado lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida. En consecuencia, es procedente declarar la ineficacia de traslado que efectuó la parte actora, y en ese sentido se confirmará la sentencia de primera instancia.

Ahora bien, en lo que no acertó el A quo, es frente la omisión de determinar que la devolución de la afiliada al referido régimen deber ser

efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración, aportes al Fondo de garantía mínimo y seguros previsionales.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como la SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

> *"(…) 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. (…)"*

Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

> *"(…) 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. (…)".

Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, en la que se indicó:

"*También se le ordenará devolver a Colpensiones el porcentaje correspondiente a los gastos de administración y primas de seguros previsionales de invalidez y Radicación No. 88720 SCLAJPT-10 V.00 13 sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima,* ***debidamente indexados*** *y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliada en el RAIS, incluyendo el tiempo en que cotizó en otras AFP. Al momento de cumplirse esta orden, los conceptos deberán discriminarse con sus respectivos valores, junto con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen.* (Negrillas fuera de texto).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, debe adicionarse el ordinal segundo del resuelve de la sentencia emitida por el A quo, para en su lugar ordenar a PORVENIR S.A. reintegrar a **COLPENSIONES** los gastos de administración y comisiones, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, cobrados por el tiempo que la demandante estuvo afiliada a la AFP. Estos recursos deben ser devueltos debidamente indexados a la fecha de traslado al RPMPD y con cargo a sus propios recursos.

Sin costas ante la prosperidad de recurso de apelación formulado por Colpensiones.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia del 27 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A**. reintegrar a **COLPENSIONES** los gastos de administración y comisiones, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, cobrados por el tiempo que el demandante estuvo afiliado a la AFP. Estos recursos deben ser devueltos debidamente indexados a la fecha de traslado al RPMPD y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: Sin COSTAS al no causarse.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-005-2021-00185-01
DEMANDANTE:	MYRIAM ADRIANA MEDINA GUACANEME
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y OTROS
ASUNTO:	Apelación y Consulta sentencia del 19 de mayo de 2023
JUZGADO:	Juzgado Quinto Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia traslado
DECISIÓN:	REVOCA PARCIALMENTE Y MODIFICA

Hoy, treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de dicha entidad frente a la sentencia del 19 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Quinto (5º) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **MYRIAM ADRIANA MEDINA GUACANEME** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y **AFP PORVENIR S.A.** con radicado No. **11001-31-05-005-2021-00185-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

La promotora de la acción pretende se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS), por la causal de indebida, insuficiente e inoportuna información. Como consecuencia de lo anterior, ordenar a Porvenir S.A. trasladar los aportes al sistema de pensiones del régimen privado a Colpensiones; que se condene en costas y agencias en derecho que se causen en el curso del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que comenzó a efectuar cotizaciones al Sistema General de Pensiones a través de Colpensiones en el mes de junio de 1986, cuando trabajaba para la firma Bolivariana de Llantas. Que a partir del 1º de febrero de 2006, se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir S.A., momento para el cual tenía cotizadas 454 semanas, sin ser informada de las consecuencias que a futuro le generaría el cambio de régimen, ni el tratamiento que se le daría a su bono pensional al momento de ser redimido por el fondo privado. Que desde el año 2018 ha tratado de retornar al RPM administrado por Colpensiones, sin embargo, se le ha dicho que le faltan menos de 10 años para tener la edad de pensión, por lo que no resulta posible su regreso a dicho régimen.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **COLPENSIONES** por intermedio de su apoderada, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, argumentando que la demandante se encuentra válidamente afiliada al RAIS al suscribir de manera voluntaria, consciente y sin presiones el formulario de afiliación a la AFP PORVENIR S.A, por lo que no existen fundamentos fácticos ni jurídicos para que se declare la nulidad del traslado efectuado en el año 2006; aunado a que no es posible tener a la demandante como afiliada al RPM, como quiera que se encuentra vinculada al RAIS desde hace más de 20 años y dicho traslado vulneraria el principio de sostenibilidad presupuestal del que habla el artículo 48 de la Constitución Política y el Acto Legislativo 001 de 2005.

Formuló como excepciones de fondo las que denominó: La inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de

[1] Archivo 02 Expediente Digital

ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de la seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema (Acto Legislativo 01 de 2005 que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, improcedencia de declaratoria de ineficacia de afiliación en los casos de pensionados en el RAIS, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la genérica[2].

La demandada **AFP PORVENIR S.A.** por intermedio de su apoderado, al contestar la demanda se opuso a todas las pretensiones, argumentando que en el año 1996, la actora se trasladó del Régimen de Prima Media al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, con la AFP COLFONDOS, posteriormente, reitera su voluntad de permanecer en el mismo y se vincula a la AFP ING hoy PROTECCIÓN S.A., además, en el año 1998, finalmente se mudó a la AFP HORIZONTE S.A. hoy PORVENIR S.A., el 21 de diciembre de 2005, tal como se demuestra en el certificado de ASOFONDOS SIAFP. Añadió que esta última vinculación se efectuó una vez se brindó información cierta, oportuna, clara, precisa, veraz y suficiente de acuerdo con las disposiciones contenidas en la Ley 100 de 1993, en la que se expresa el funcionamiento, características, condiciones del régimen de ahorro individual con solidaridad, también, se mencionaron las implicaciones de su traslado y los requisitos para pensionarse bajo el régimen de ahorro individual.

Formuló como excepción previa inepta demanda por falta de integración del litisconsorcio necesario y como excepciones de fondo prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica[3].

Por su parte, la vinculada en calidad de litis consorcio necesario **ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual manifestó que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo cual emana del formulario de vinculación suscrito por la parte actora en el año 1998, en el

[2] Archivo 30 Expediente Digital.
[3] Páginas 2 a 27 Archivo 32 Expediente Digital.

que se expresó que dicho acto se realizó en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre ambas partes, por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la parte demandante.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buen fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa, inexistencia de la obligación de devolver el seguro previsional cuando se declara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y porque afecta derechos de terceros de buena fe, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, traslado de aportes a otras administradora de fondos de pensiones y la genérica[4].

Finalmente, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, argumentando que sí brindó a la demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el Régimen de Prima Media con Prestación Definida, las ventajas y desventajas, así como el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación 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 y la genérica[5].

[4] Páginas 3 a 26 Archivo 39 Expediente Digital
[5] Páginas 3 a 17 Archivo 41 Expediente Digital

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Quinto (5º) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 19 de mayo de 2023, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante del RPM al RAIS a través de la AFP COLFONDOS S.A; ordenó a COLFONDOS S.A. que traslade a Colpensiones el valor de las cotizaciones efectuadas, junto con los rendimientos financieros, frutos e intereses y a Colpensiones a recibir los aportes de la actora, procediendo a actualizar su historia laboral; absolvió a Protección S.A. de todas y cada una de las pretensiones de la demanda, declarando probada la excepción de inexistencia de la obligación; condenó en costas a Colfondos S.A.

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el Fondo Privado haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

Añadió que no hay lugar a la devolución de las primas de seguros previsionales, como quiera que los artículos 70 y 77 de la Ley 100 de 1993, consagran la forma en que se financian las prestaciones derivadas de los riesgos de IVM, estando la demandante cubierta frente a esos riesgos, gracias a dichas primas. Dijo que tampoco deben retornarse los gastos de administración, pues conforme al artículo 101 de la Ley 100 de 1993, las AFP tienen derecho a cobrar estos rubros, que no están destinados a financiar la pensión de vejez. Concluyó que Protección debe ser absuelta, toda vez que se trata de una AFP de tránsito, que entregó todos los aportes de la activa ante la AFP subsiguiente.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES** formuló recurso de apelación, argumentando en síntesis que, la realidad procesal establecida para la fecha del traslado lo era la prevista en la Ley 100 de 1993, artículo 13, en virtud del cual, la aceptación espontánea, libre y expresa de un afiliado para trasladarse de régimen se manifestaba a través de la firma del formulario de afiliación, requisito que se dio a plenitud, según los documentos suscritos y registrados por la accionante. Añadió que para la época del traslado no existía la Ley 1748 de 2014, ni el Decreto 2071 de 2015, con los que nace la obligación de doble asesoría de las AFP, por tanto, el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar en el momento de la afiliación, deben ser valoradas bajo la normatividad vigente para esa fecha, que se *itera*, lo era la Ley 100 de 1993.

Señaló que no es razonable, ni jurídicamente válido imponer a las administradoras obligaciones y soportes no previstos en el ordenamiento vigente, pues tal exigencia desvirtúan el principio de confianza legítima, teniendo en cuenta que el principio de legalidad y debido proceso, no solo implica esa posibilidad de defensa u oportunidad para interponer recursos, sino que conlleva a la luz del artículo 29 de la C.P. el ajuste de las normas preexistentes al acto que se juzga. Precisó que la decisión del Juzgado de Conocimiento viola el derecho al debido proceso de Colpensiones, pues sin que la entidad hubiere participado el trámite de traslado, es quien debe afrontar la carga de la prestación, desconociendo así el principio de la relatividad jurídica, según el cual debe entenderse que Colpensiones es un tercero en ese acto jurídico, mismo que solo produce efectos *inter partes*, es decir, solo debe repercutir frente a los involucrados.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en atención a los argumentos de la alzada y al grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por MYRIAM MEDINA GUACANEME al régimen de ahorro individual administrado por la AFP COLFONDOS S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar

mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la

ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó COLFONDOS, quien, se *itera*, tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *"afirmaciones o negaciones indefinidas",* se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ***"(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (…)"*** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que la afiliada acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada, la cual no emana del formulario de afiliación a **COLFONDOS S.A.**, pues nótese que este no fue allegado al plenario, al solo ser adosado el formulario suscrito con posterioridad ante **DAVIVIR** hoy **PROTECCIÓN S.A.** (página 38 archivo 34 ED), y el formulario suscrito ante **HORIZONTE** hoy **PORVENIR S.A.** (página 77 Archivo 32 ED), de los que en todo caso, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado

todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto los formatos de afiliación suscritos por la demandante no fueron elaborados libremente por las AFP del RAIS demandadas, sino que correspondían a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que las entidades cumplieran con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante a **COLFONDOS S.A.**, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante, bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por el extremo pasivo, pues la actora fue clara al manifestar que se trasladó a Colfondos S.A. porque Colpensiones estaba en quiebra, razón por la cual iba a perder *"los ahorros"* que había aportado en dicha entidad durante 10 años, además, le indicaron que en Colfondos se podía pensionar a la edad que ella quisiera, por tanto, procedió a firmar el formulario de afiliación (Min. 10:34 a 30:13 archivo 49 del Expediente Digital).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a

COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos financieros.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

> *"(…) 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. (…)"*

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión del A quo de ordenar trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros; sin embargo, se observa que el Juzgado de Conocimiento se negó a disponer que todas las AFP demandadas trasladen con destino a Colpensiones los gastos de administración, e incluso los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a cada administradora del RAIS, pese a que así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021, con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, por manera que en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de Colpensiones, habrá de modificarse la sentencia opugnada sobre este aspecto respecto de Colfondos S.A. y Porvenir S.A., e igualmente, revocar parcialmente la decisión sobre este punto frente a Protección S.A., pues dicha

sociedad fue absuelta en la decisión emitida por el A quo. Finalmente, se modificará la decisión en cuanto a que el Juzgado de Conocimiento ordenó a Colfondos S.A. trasladar los aportes y rendimientos obrantes en la cuenta de ahorro individual de la accionante, cuando la orden debió ir dirigida a la AFP Porvenir S.A., por tratarse de la administradora a la que actualmente se encuentra afiliada la activa.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[…] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: *«[…] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*.

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró cada AFP del RAIS a título de gastos de administración, y demás emolumentos descontados.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, construidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será modificada y revocada parcialmente en los términos expuestos. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral **SEGUNDO** de la sentencia del 19 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Quinto (5º) Laboral del

Circuito de Bogotá, en el sentido de **ORDENAR** a **PORVENIR S.A**. que traslade a **COLPENSIONES** el valor de las cotizaciones efectuadas junto con los rendimientos, frutos e intereses y a COLPENSIONES a recibir los aportes de la demandante procediendo a actualizar su historia laboral. Asimismo, se **ORDENA** a **PORVENIR S.A.** y a **COLFONDOS S.A.** reintegrar a **COLPENSIONES** los gastos de administración y comisiones, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, cobrados por el tiempo que la demandante estuvo afiliada a cada AFP, debidamente indexados a la fecha de traslado al RPMPD y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el numeral **TERCERO** de la sentencia del 19 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Quinto (5º) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, **ORDENAR** a **PROTECCIÓN S.A**. reintegrar a **COLPENSIONES** los gastos de administración y comisiones, las primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima, cobrados por el tiempo que la demandante estuvo afiliada a dicha AFP, debidamente indexados a la fecha de traslado al RPMPD y con cargo a sus propios recursos, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

CUARTO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	110013105007-2018-00022-01
DEMANDANTE:	MARÍA SELLAMEN CAMARGO.
DEMANDADO:	MANTENIMIENTO GAMA LTDA., PROPIEDAD HORIZONTAL CONJUNTO RESIDENCIAL SANTA LUCÍA II ETAPA, NORMA CONSTANZA AMADOR GUERRA Y ADRIANA MILENA GARCÍA AMADOR.
ASUNTO:	Apelación Sentencia 18 de enero de 2023.
JUZGADO:	Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá.
TEMA:	Solidaridad
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bucaramanga, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 del 2022, con el fin de resolver los recursos interpuesto por la demandante y la PH SANTA LUCÍA II ETAPA en contra de la sentencia del 18 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá dentro del proceso ordinario promovido por **MARÍA SELLAMEN CAMRGO** contra **MANTENIMIENTO GAMA LTDA., PROPIEDAD HORIZONTAL CONJUNTO RESIDENCIAL SANTA LUCÍA II ETAPA, NORMA CONSTANZA AMADOR GUERRA Y ADRIANA MILENA GARCÍA AMADOR** con radicado No. **110013105007-2018-00022-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

La promotora de la acción pretende se declare que con la sociedad Pharos Mantenimientos Gama LTDA celebró un contrato de trabajo a término indefinido entre el 1 de enero de 2009 al 18 de febrero de 2018, que se declare que su salario ascendía a un salario mínimo mensual legal vigente, que se condene al pago de cesantías, intereses a las cesantías, vacaciones, a la indemnización del artículo 99 de la Ley 50 de 1990, a la indemnización por despido sin justa causa, y a la sanción del artículo 65 del Código Sustantivo de Trabajo por no pago de salarios y prestaciones, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el 1° de enero de 2009, ingresó a laborar mediante contrato de trabajo a término indefinido para el cargo de aseadora en diferentes lugares por disposición de la ex empleadora, que durante su vinculación siempre estuvo subordinada por su jefe inmediato, la Gerente de la empresa Mantenimientos Gama LTDA., la señora Norma Constanza Amador Guerra.

Indicó, que 18 de febrero de 2015, recibió por parte de su jefe la carta de terminación del contrato, aduciendo que la administración del Conjunto Residencial Santa Lucia solicitó desde el 10 de junio de 2014 la terminación del contrato por inconformidades en el desempeño de su trabajo. Por último, que pese a los constantes requerimientos efectuados a la señora Amador Guerra, no le fueron pagados sus prestaciones sociales y vacaciones.

CONTESTACIONES DE LA DEMANDA

MANTENIMIENTOS GAMA LTDA.,[2] compareció a través de Curador ad – litem, manifestó atenerse a lo que resultaré probado. Propuso la excepción previa que denominó «No comprender la demanda a todos los litisconsortes necesarios», bajo el argumento que debe vincularse a la Administración del Edificio Lucia II, en virtud del artículo 34 del Código Sustantivo de Trabajo.

[1] Fs 42-46proceso escaneado.
[2] fls. 210-213 proceso escaneado.

TRÁMITE PROCESAL

Mediante providencia del 22 de mayo de 2019, el *A quo,* ordenó la vinculación de la **Propiedad Horizontal Conjunto Residencial Santa Lucía II Etapa**[3], como litisconsorte necesario, quien compareció a través de apoderado judicial, oponiéndose a todas y cada una de las pretensiones de la demanda, bajo el argumento que no fungió como empleador de la demandante, sino, simplemente celebró un contrato de prestación de servicios de aseo y limpieza con la Empresa Mantenimiento Gama desde el 1 de junio de 2012.

Formuló la excepción previa que denominó «No comprender la demanda a todos los litisconsorcios necesarios», y solicitó la comparecencia como litisconsorcio necesario a las señoras Norma Constanza Amador Guerra y Adriana Milena García Amador, como socias de la empresa Mantenimientos Gama Ltda. De igual forma, propuso las excepciones de mérito que denominó; «Prescripción», y «Buena fe del beneficiario o dueño de la obra».

NORMA CONSTANZA AMADOR GUERRA Y ADRIANA MILENA GARCÍA AMADOR[4] a través de Curadora ad – litem, adujo atenerse a lo probado dentro del proceso. Formuló las excepciones de prescripción y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Séptimo Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 18 de enero de 2003, declaró que entre María Emilia Sellamen Camargo y Mantenimientos Gama LTDA., existió una relación laboral entre el 1° de enero de 2009 y hasta el 18 de febrero de 2015, siendo su última remuneración la suma de un salario mínimo legal mensual vigente, declaró solidariamente responsables a la PH Conjunto Residencial Santa Lucia II etapa y a las señoras Norma Constanza Amador Guerra y Adriana Milena García Amador de todas las condenas impuestas, como el pago de prestaciones sociales, a la indemnización del artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo, al pago de intereses moratorios de que trata el artículo 65 de

[3] Fs 60-66, proceso escaneado.
[4] Archivo 020 del expediente digital.

la norma ibídem y la sanción por no consignación de cesantías a un fondo, declaró probada la excepción de prescripción formulado por la *Curadora ad litem* de las demandadas Norma Constanza Amador Guerra y Adriana Milena García Amador y gravó en costas a la pasiva.

Como fundamento de su decisión, inició por realizar un recuento de los hechos y pretensiones de la demanda, sus respectivas contestaciones y el trámite procesal efectuado. Estableció como problema jurídico a resolver si entre la actora y la demandada Mantenimientos Gama LTDA., existió un contrato de trabajo en los extremos señalados en el petitorio, en caso afirmativo, si la ex empleadora adeuda el pago de prestaciones sociales, si hay lugar a la sanción del artículo 65 del CST, la sanción por no consignación de las cesantías a un fondo y la indemnización por despido sin justa causa. Citó los artículos 23 y 24 del Código Sustantivo de Trabajo, para señalar que a la parte que alega la existencia de un contrato debe acreditar la prestación del servicio, mientras a la demandada desvirtuar dicha presunción, advirtiendo que la relación estuvo desprovista de subordinación. Que de acuerdo a las documentales aportadas por la parte actora, como el certificado de afiliación al SGSS, la carta de terminación del contrato firmada por la Gerente de la sociedad Mantenimientos Gama LTDA., copia simple del Carnet de Suratep que señala como empresa empleadora a la sociedad demandada, comunicación dirigida a la empresa Mantenimientos Gama LTDA. por parte de los copropietarios de la propiedad horizontal, con el fin de revisar y retractarse del despido efectuado a la demandante. Que todo lo anterior, fue corroborado por la testimonial practicada que señaló que la empleadora de la demandante era Mantenimientos Gama LTDA. y no la propiedad horizontal. Por tanto, el Juez de instancia determinó que, entre la actora y la sociedad demandada, existió un contrato de trabajo con extremo inicial del 1° de enero de 2009. Frente al extremo final, tomó la fecha señalada en la carta de terminación del contrato.

Estimó que, atendiendo la calidad de contratista de la Mantenimientos Gama LTDA a favor de la contratante Propiedad Horizontal Conjunto Residencial Santa Lucía II Etapa, siendo esta última beneficiaria del contrato de mantenimiento y aseo, dedujo que como las labores desempeñadas de la actora tienen relación directa con

el objeto social de la copropiedad consideró que a voces del artículo 36 del Código Sustantivo de Trabajo, es responsable solidariamente de todas las condenas.

Frente a la excepción de prescripción señaló que la relación laboral finiquitó el 18 de febrero de 2015, y la demanda incoada el 22 de enero de 2018. Por tanto, no se configuró el fenómeno prescriptivo de los artículos 488 del CST, y 151 del CPTSS. No ocurriendo lo mismo, con las demandadas Norma Constanza Amador Guerra y Adriana Milena García Amador, pues su vinculación al proceso se dio mediante providencia del 10 de septiembre de 2020, y solo hasta el 10 de mayo de 2022, se notificó el Curador ad litem, transcurriendo más de los tres años desde la terminación del contrato y un año del artículo 94 del C.G.P.

Frente a la condena por salarios, prestaciones sociales y vacaciones, señaló que en virtud de la carga dinámica de la prueba le correspondía al ex empleador demostrar su cancelación, pero ante su orfandad probatoria e inactividad procesal condenó al pago de dichos emolumentos y aclaró que los emolumentos anteriores al 18 de febrero de 2012 estaban prescritos. En lo concerniente al despido sin justa causa, determinó su procedencia, toda vez que la pasiva dio por terminado el contrato sin ningún tipo de justificación o soporte probatorio.

Refirió, que brillo por su ausencia justificación alguna por parte de la pasiva para sustraerse de la obligación en el pago de prestaciones sociales y salarios. Al no acreditar sus motivos de ese impago, ordenó la sanción del artículo 65 del C.S.T. Pero frente a esta condena solo a intereses moratorios pues la demanda fue incoada con posterioridad a los 24 meses a la fecha de terminación. Frente a la condena de no consignación de cesantías en un fondo, indicó que, al causarse al 15 de febrero de cada anualidad, se encontraba inmersa a pagar dicha condena al no acreditarse su confinación ni tampoco aducirse su buena fe en el impago.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte actora interpuso recurso de alzada de forma parcial, en el sentido que no comparte la decisión de *A quo* de declarar probada la excepción de prescripción respecto de las socias de Mantenimiento Gama LTDA. Adujo, que al

año siguiente de admitida la demanda se notificó a la empresa empleadora, lo que significa que las señoras Norma Constanza Amador Guerra y Adriana Milena García Amador, en calidad de socias de la empresa se dieron por notificadas de la demanda.

La Propiedad Horizontal **CONJUNTO RESIDENCIAL SANTA LUCÍA II ETAPA.** Apeló la sentencia en lo concerniente a la solidaridad declarada, bajo el argumento que el objeto de la propiedad horizontal no es prestar los servicios de mantenimiento, desdibujándose las funciones de la copropiedad con las desempeñadas por el administrador.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

En esta estancia procesal las partes guardaron silencio.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Los problemas jurídicos que circunscriben la atención de la Sala, linda en establecer primero; si la Propiedad Horizonte Conjunto Residencial Santa Lucía, es solidariamente responsable de las sumas ordenadas por el *A quo*, al ostentar la calidad de beneficiario o dueña de la obra, pues consideró que sí se benefició de la actividad desarrollada por el contratista y que ejecutó el trabajador, lo cual a su juicio es afín con el objeto social de aquella persona jurídica. Como segundo problema, si tal como lo determinó el A quo, se configuro la excepción de prescripción frente a las demandadas Norma Constanza Amador Guerra y Adriana Milena García Amador, en calidad de personas naturales y socias de la empresa empleadora.

CONSIDERACIONES

De conformidad con lo preceptuado por los artículos 57 de la Ley 2ª de 1984, en armonía con el 66 A del C.P.T. y S. S., procede la Sala a resolver el recurso de apelación teniendo en cuenta los puntos objeto de inconformidad, en razón a que

la sentencia de segunda instancia ha de estar en consonancia con la materia objeto alzada.

Pues bien, ciertamente en el proceso no se discutió la celebración del contrato entre la Propiedad Horizontal Conjunto Residencial Santa Lucía Etapa II en calidad de contratante y Mantenimientos Gama LTDA. como contratista, pues acordaron la ejecución de la siguiente obra: *«Primera: objeto del contrato- el presente contrato tiene por objeto la prestación del servicio de aseo y limpieza, por parte del CONTRATISTA, en las instalaciones del CONJUNTO RESIDENCIAL SANTA LUCIA II SEGUNDA ETAPA, ubicado en la carrera 24 c Sur No.54-60. Segunda: SON OBLIGACIONES DEL CONTRATISTA- a. retirar el polvo y mugre de las zonas comunes. b- trapeado húmedo con un producto neutral o multiuso. c- aplicación de cera (..),* fijándose como fecha de iniciación 1° de junio de 2012 y de terminación 30 de junio de 2015, atendiendo a la carta de culminación del contrato con fecha de 11 de mayo de 2015 y suscrita por la Administradora, la señora Olga Lucia García Méndez. (f. 69).

De igual, forma según el certificado de existencia y de representación de la demandada MANTENIMIENTO GAMA LTDA; su objeto social **es el aseo y administración en general para edificios**, conjuntos residenciales unifamiliares, bifamiliares y multifamiliares, hoteles establecimientos comerciales, industriales (..) (pág. 11 archivo 01 proceso escaneado).

Teniendo en cuenta el razonamiento que hizo el Juez de instancia en torno a la solidaridad y en perspectiva de lo que informan los medios de prueba que se han relacionado con anterioridad. Es claro que se obtuvo una inferencia abiertamente equivocada, al considerar acreditada la solidaridad del Conjunto Residencial, pues el objeto y su constitución como propiedad de la propiedad horizontal, no se enfocaba en actividades de limpieza y mantenimiento, que fueron las realizadas por la empresa Mantenimiento Gama Ltda.

En efecto, el objeto del Conjunto Residencial Santa Lucia Etapa II, no se enfoca a aquellas actividades de limpieza y aseo, que fueron las que se realizaron a través del contratista independiente, sino que su propósito está básicamente a la administración de una copropiedad a la que se le ha dado un carácter privado destinada al beneficio de la comunidad. En las anteriores circunstancias, si el objeto social de la copropiedad convocada, no está relacionado con el giro o la actividad del contratista que ya se dejó descrita con precedencia, y tampoco emerge alguna

afinidad entre ellas, la solidaridad que contempla el artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo no puede deducirse en el sub judice, pues el hecho de que la propiedad horizontal deba hacer mantenimiento del edificio, así como cuidar la conservación del mismo, esa sola circunstancia no puede conducir a que se derive la supuesta afinidad que dedujo en forma equivocada el Juzgador de instancia entre las labores que desarrolla el contratante y las que ejecuta el contratista, pues para que esa solidaridad se configure, no basta simplemente que con la actividad desarrollada por el contratista independiente se cubra una necesidad propia del beneficiario, como aquí sucede, sino que se requiere que ella constituya una función normalmente desarrollada por él, directamente vinculada con la ordinaria explotación de su objeto económico.

En síntesis, si el objeto social del contratante no está relacionado con el giro o la actividad del contratista independiente, ni hay afinidad entre ellas, no se configura la solidaridad, pues no basta con que se cubra una necesidad propia del beneficiario, sino que se requiere que se trate de una función normalmente desarrollada por él. Criterio que de igual forma ha acogido la jurisprudencia patria en caso análogo al suscitado, a cita de ejemplo véase la sentencia SL 14540-2014, con ponencia del otrora Magistrado Gustavo Hernando López Algara.

En consecuencia, se revocará parcialmente los ordinales 2° y 3° de la sentencia apelada, en el sentido de absolver a la Propiedad Horizontal Conjunto Residencial Santa Lucia II Etapa, de todas las pretensiones formuladas en su contra.

En cuanto al segundo problema jurídico planteado en el recurso de apelación que nos ocupa, la **Prescripción.** El artículo 488 del CST establece que las acciones correspondientes a los derechos laborales prescriben en tres años, contados desde que la respectiva obligación se haga exigible y el art. 489 *ibidem*, determina que el simple reclamo escrito del trabajador, recibido por el patrono acerca de un derecho debidamente determinado, interrumpe la prescripción por una sola vez, la cual principia a contarse de nuevo a partir del reclamo y por un lapso igual al señalado para la prescripción correspondiente. En igual sentido lo previó el art. 151 del CPTSS.

Aduce la parte actora recurrente, que, frente a las convocadas Norma Constanza Amador Guerra y Adriana Milena García Amador, no operó el fenómeno prescriptivo, pues la relación que ató a las partes feneció el día 18 de febrero 2015, así mismo, que la demanda fue presentada el 22 de enero de 2018 (f. 30). Razón por la cual, no es dable concluir que se encuentran prescritas las acreencias laborales exigibles. De igual forma, que tampoco es posible dar aplicación al artículo 94 del Código General del Proceso, pues la demanda fue admitida el 26 de enero de 2018 y notificado el 7 de septiembre de 2018, esto es, antes del año que consagra la norma ibidem.

Ahora bien, es de señalar que no le asiste razón a la recurrente frente a los reparos señalados, toda vez, que la demanda inicialmente fue incoada únicamente frente a la personera jurídica «MANTENIMIENTOS GAMA LTDA., identificada con Nit.. 900.013.273-5 y domiciliada en la calle 82 No. 102-79», según da cuenta el certificado de existencia de la sociedad mercantil aportado por la propia demandante obrante a folios 10-13. De igual forma, lo anterior se corrobora con el poder visible a folio 1° del expediente, el escrito de demanda y su admisión.

En consecuencia, no es dable colegir que ante la notificación personal efectuada mediante Curador ad litem de la persona jurídica MANTENIMIENTO GAMA LTDA, el 7 de septiembre de 2018, se dieron por notificadas igualmente las personas naturales Norma Constanza Amador Guerra y Adriana Milena García Amador, pues su vinculación al presente proceso solo se dio hasta el 10 de septiembre de 2020, esto es, luego de 5 años, 6 meses, y 21 días, tiempo muy superior al establecido en los artículos 488 del CST y 151 del CST. En consecuencia, ningún reproche merece la decisión del A quo, de dar por probada la excepción de prescripción formulada por la Curadora ad litem, de las referidas socias de la empresa Mantenimientos Gama Ltda.

Así las cosas, se condena en costas en esta instancia a la parte demandante por no haber prosperado su recurso de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV, que se dividirá en alícuotas entre las demandadas. Sin costas para la Propiedad recurrente al haber salido avante sus inconformidades.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley;

RESUELVE:

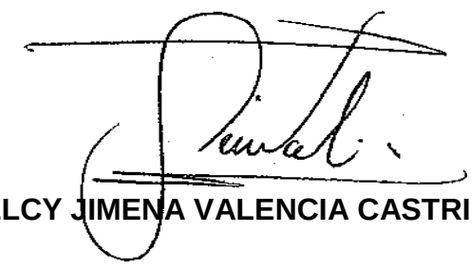
PRIMERO: REVOCAR PARCIALMENTE LOS ORDINALES SEGUNDO Y TERCERO de la Sentencia del 18 de enero de 2023, proferida por el Juzgado Séptimo (7) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **ABSOLVER** a la **PROPIEDAD HORIZONTAL CONJUNTO RESIDENCIAL SANTA LUCIA II ETAPA,** de todas las pretensiones formuladas en su contra.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV, que se dividirá en alícuotas entre las demandadas.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO Salva voto parcial

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-011-2019-00052-01
DEMANDANTE:	GABRIEL ALBERTO GARCÍA ÁLVAREZ
DEMANDADO:	SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 6 de junio de 2023
JUZGADO:	Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Pensión de invalidez
DECISIÓN:	MODIFICA Y REVOCA PARCIALMENTE

Hoy, treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación presentados por el DEMANDANTE y PORVENIR S.A. contra la sentencia del 6 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **GABRIEL ALBERTO GARCÍA ÁLVAREZ** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** con radicado No. **11001-31-05-011-2019-00052-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

El promotor de la acción pretende se declare que cumplió con los requisitos legales para obtener el reconocimiento de la pensión de invalidez el 12 de diciembre de 2017, fecha de estructuración de su PCL, e igualmente, que las 47 semanas cotizadas dentro de los 3 años anteriores, deben aproximarse a la luz de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia. En consecuencia, solicita se condene a la accionada a reconocerle la pensión de vejez desde el 12 de diciembre de 2017, junto con los intereses moratorios, la indexación, lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 17 de enero de 1.965. Que estuvo afiliado al RPM administrado por Colpensiones del 9 de julio de 1987 al 31 de octubre de 2009, cotizando 54 semanas. Que se trasladó al RAIS a través de la AFP Porvenir en donde ha cotizado un total de 167 semanas hasta junio de 2018. Que le fue diagnosticada deficiencia de tumor de vías biliares, enfermedad de origen común, calificada por Seguros de Vida Alfa S.A. en un porcentaje del 68.50% de PCL con fecha de estructuración 12 de diciembre de 2017. Que el 21 de agosto de 2018 solicitó a la demandada reconocimiento y pago de su pensión de invalidez, misma que le fue negada bajo el argumento que no cuenta con 50 semanas de cotización dentro de los 3 años anteriores a la data de estructuración de su invalidez, acotando que en efecto dentro de dicho lapso cuenta con 47 semanas equivalentes a 329 días.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual manifestó que la parte demandante no cuenta con 50 semanas cotizadas en los últimos 3 años anteriores al momento de producirse su estado de invalidez, esto es, entre el 12 de diciembre de 2014 y el 12 de diciembre de 2017, como así lo exige el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, que modificó el artículo 39 de la Ley 100 de 1993. Aunado a ello, dijo que el caso del demandante no se ajusta a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia para aproximar el número de semanas de cotización, como así lo plantea en su demanda.

[1] Páginas 2 a 10 y 53 a 59 Archivo 01 Expediente Digital

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación a cargo de mi representada de reconocer y pagar la pensión de invalidez, inexistencia del derecho, cobro de lo no debido, prescripción, buena fe, compensación y la genérica[2].

ACTUACIÓN PROCESAL

En audiencia celebrada el 6 de junio de 2023, el Juzgado de Conocimiento decretó la sucesión procesal con la señora María Cristina Palacios Martínez, como cónyuge sobreviviente del demandante, quien falleció el 27 de mayo de 2019, así como con los señores Diana Milena García Palacios, Arnold Stiven García Palacios y Karen Julieth García Palacios como hijos del causante (Archivo 17 del ED).

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 6 de junio de 2023, declaró que el demandante Gabriel Alberto García (QEPD) tiene derecho al reconocimiento y pago de la pensión de invalidez impetrada en esta demanda; condenó a la AFP Porvenir S.A. a reconocer y pagar en favor de los herederos determinados en indeterminados del demandante, la pensión de invalidez de origen común, a partir del 1º de mayo de 2019 en cuantía mensual de 1 SMLMV, cuyo retroactivo pensional causado al 31 de mayo de 2023 asciende a la suma de $49.475.321, el cual debe reconocerse debidamente indexado al momento del pago; a partir del 1º de junio de 2023 la demandada deberá continuar reconociendo y pagando en favor de los herederos determinados e indeterminados del demandante, una mesada pensional equivalente a 1 SMLMV, que para el año 2023 equivale a $1.160.00; autorizó a Porvenir S.A. a realizar los descuentos legales para el Sistema de Seguridad en Salud, sobre el retroactivo pensional causado; absolvió a Porvenir S.A. de las demás pretensiones; declaró no probadas las excepciones propuestas y no impuso condena en costas.

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló que la norma aplicable al presente caso, es aquella que se encontraba vigente a la data de

[2] Páginas 87 a 99 Archivo 01 Expediente Digital

estructuración de la invalidez, esto es, la Ley 860 de 2003, que modificó la Ley 100 de 1993, cuyas condiciones no las cumple el afiliado fallecido, toda vez que conforme a la fecha de estructuración de su invalidez, se tiene que dentro de los 3 años anteriores no cotizó las 50 semanas previstas por la norma en cita. Aunado a ello, no es procedente aproximar las 47 semanas que cotizó en ese interregno, porque ello solo tiene lugar cuando al afiliado le faltan décimas para completar las semanas de cotización, es decir, cuando el número entero de semanas se encuentra acompaño del decimal 6, lo cual no ocurre en el caso analizado.

Sin embargo, adujo que en virtud del principio *iura novit curia* y las facultades *ultra y extra petita* con las que cuenta el juez laboral, se evidencia que si bien la fecha de estructuración de la invalidez lo fue el 12 de diciembre de 2017, lo cierto es que el afiliado fallecido continuó efectuando cotizaciones hasta el ciclo del mes de abril de 2019 y ,además, su enfermedad de cáncer fue calificada como crónica de larga duración, de suerte que debe darse aplicación a la teoría de la estructuración material de la invalidez por capacidad residual, que ha sido reconocida tanto por la Corte Constitucional, como por la Corte Suprema de Justicia, en virtud de la cual se acepta que la pérdida de capacidad laboral definitiva puede ser posterior a la estructuración definida en el dictamen de calificación, en los casos en los que el trabajador conserva su capacidad de continuar laborando y continua efectuando cotizaciones al sistema, conforme a la sentencia T-057 de 2017 y la sentencia SU538 de 2016.

En ese orden, refirió que conforme al reporte de semanas cotizadas en pensiones del actor, este mantuvo de algún modo su capacidad laboral residual y eso le permitió seguir laboral como empleado dependiente, pese a la estructuración de su invalidez, la cual se deriva de un cáncer de vías biliares, calificada como crónica o progresiva, cumpliéndose así las condiciones previstas por la jurisprudencia para considerar que su PCL definitiva ocurrió el 30 de abril de 2019, la cual le permite el reconocimiento de la prestación reclamada, toda vez que dentro de los 3 años anteriores a dicha data, el demandante logró cotizar 78,57 semanas, misma que supera las mínimas exigidas por la normatividad llamada a dilucidar el caso.

Señaló que la prestación procede desde el 1º de mayo de 2019, día siguiente a su última cotización, en cuantía inicial de 1SMLMV, por 13 mesadas

pensionales al año, sin que sobre las mesadas adeudadas proceda la excepción de prescripción. Agregó que no es procedente el reconocimiento y pago de los intereses moratorios, por cuanto la negativa de Porvenir en el reconocimiento pensional, tuvo lugar en cumplimiento de la norma que le era aplicable al accionante, aunado a que el derecho que se está otorgando, lo es a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional, de suerte que las sumas adeudadas desde el 1º de mayo de 2019 y el 31 de mayo de 2023, deben reconocerse debidamente indexadas a la data del pago.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE** recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que deben imponerse costas a cargo de la AFP Porvenir S.A., pues la parte actora debió acudir a la jurisdicción para logar que se reconociera la prestación, siendo claro que existe un desgaste jurisdiccional y que la accionada ha sido vencida en juicio.

La parte **DEMANDADA** recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que dando alcance a la norma llamada a regular el caso concreto, que lo es la Ley 860 de 2003, no es procedente el reconocimiento de la pensión de invalidez, toda vez que dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la invalidez del convocante, que lo fue el 12 de diciembre de 2017, este no cotizó las 50 semanas exigidas, por lo que el Juzgado de Conocimiento debió impartir absolución a la sociedad llamada a la acción.

Agregó que en caso de no revocarse la decisión, debe advertirse que no es procedente la condena impuesta en el numeral segundo de la sentencia recurrida, toda vez que el demandante inició el proceso cuando ya estaba calificado y lamentablemente en el curso del presente trámite falleció, y es por ello que, el despacho procedió a convocar a los herederos determinados e indeterminados, quienes hoy se encuentran actuando, pero cuando se profiere la decisión, aun se están discutiendo las mesadas por invalidez, más no mesadas por otro tipo de reconocimiento pensional, por tanto, resulta imposible que la pensión se continúe pagando a partir del 1º de junio de 2023 a favor de los herederos, porque ello implicaría que una vez fallecido el demandante, se continúa reconociendo la pensión *post morten* a estos, la cual no puede tener la condición de indefinida, menos aún que, cuando se pague el retroactivo de la

misma, debe entrar a estudiarse la existencia de una presunta pensión de sobrevivientes, misma que no puede definirse en el presente caso, conforme a la fijación del litigio.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para reconocer la pensión de invalidez *post morten* a favor del afiliado fallecido. En caso de resolver la premisa de manera afirmativa, la Sala habrá de establecer la fecha hasta la cual debe reconocerse el retroactivo pensional de la prestación reclamada. Finalmente, se definirá si procede condena en costas de primera instancia en contra de Porvenir S.A.

CONSIDERACIONES

En aras de resolver la *Litis* planteada, se impone indicar que en el presente proceso se encuentra acreditado: **1.** Que al señor Gabriel Alberto García Álvarez se le determinó una pérdida de capacidad laboral del 68,50% con fecha de estructuración 12 de diciembre de 2017, por el diagnóstico de carcinoma de vías biliares intrahepáticas, enfermedad de origen común, la cual fue catalogada como progresiva (páginas 25 a 39 archivo 01 del ED); **2.** Que el demandante aportó a Porvenir S.A. 206 semanas, de las cuales 47 fueron cotizadas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de la

invalidez, esto es, entre el 12 de diciembre de 2014 y el 12 de diciembre de 2017 (páginas 123 a 126 Archivo 02 del ED); **3.** Que el demandante 27 de mayo de 2019 falleció (página 4 Archivo 05 del ED).

La Sala procede a desarrollar el problema jurídico planteado en líneas anteriores, para lo cual es menester precisar que viene sentado por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, que es la fecha de estructuración de la pérdida de capacidad laboral, la que determina la norma aplicable al caso, siendo esta en el *examine*, el 12 de diciembre de 2017, como da cuenta el dictamen de pérdida de capacidad laboral del causante (páginas 25 a 39 Archivo 01 del ED), por lo que le era aplicable el régimen previsto en el artículo 1º de la Ley 860 de 2003, norma que estipula:

> *«**ARTÍCULO 1o. El artículo 39 de la Ley 100 quedará así:***
>
> *Artículo 39. Requisitos para obtener la pensión de invalidez. Tendrá derecho a la pensión de invalidez el afiliado al sistema que conforme a lo dispuesto en el artículo anterior sea declarado inválido y acredite las siguientes condiciones:*
>
> *1. Invalidez causada por enfermedad: Que haya cotizado cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración.*
>
> *(…)».*

Es así, que tal y como lo indicó el Juzgado de Conocimiento, y se acepta por el extremo activo, se tiene de la revisión de la historia laboral del señor Gabriel Alberto García Álvarez allegada por Porvenir S.A. que este no cotizó cincuenta (50) semanas dentro de los últimos tres (3) años inmediatamente anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez, es decir, del 12 de diciembre de 2014 al 12 de diciembre de 2017, en tanto que en dicho interregno sólo acredita 47 semanas, como quedó definido en los hechos probados.

Pese a ello, no puede pasar por alto la Sala de Decisión que, conforme lo enfatizó el Juzgado de Conocimiento, el actor padeció una enfermedad como el cáncer ,catalogada como progresiva en su dictamen de calificación, que según la OMS, es considerada una enfermedad crónica y degenerativa[3], además, aun cuando tuvo lugar la estructuración de su invalidez en diciembre de 2017, este continuó efectuando aportes con posterioridad, específicamente hasta el 30 de abril de 2019 (página 126 Archivo 01 del ED), lo cual lo pone en uno de los

[3] Sentencia SL4178-2020

escenarios definidos por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional, para la procedencia del reconocimiento del derecho reclamado atendiendo unos presupuestos excepcionales.

Al punto, ha de rememorarse que la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL781-2020, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, al referirse al conteo de semanas de cotización para efectos de la pensión de invalidez en tratándose de enfermedades degenerativas, catastróficas o congénitas, moduló:

> *«Ahora bien, respecto de las enfermedades catalogadas como crónicas, congénitas o degenerativas, la Sala a partir de la sentencia CSJ SL3275-2019, rememorada en la CSJ SL1002-2020, varió su línea de pensamiento en lo relativo a cuál es el momento desde cuándo debe contabilizarse la densidad de aportes o semanas válidas que den lugar a alcanzar el derecho a la prestación originada en una de estas particulares contingencias.*
>
> *Es así, como en la primera de las providencias antes citadas, reiterada en la CSJ SL4567-2019, se sostuvo que de acuerdo a las peculiaridades que en cada caso se evidenciaran, era dable tener en cuenta, no solo la fecha en que se estructuraba la invalidez (regla general), sino también «(i) la calificación de dicho estado, (ii) la de solicitud de reconocimiento pensional o (iii) la de la última cotización realizada -calenda donde se presume que la enfermedad se reveló de tal forma que le impidió seguir trabajando», para lo cual se sostuvo como fundamentos, entre otros los siguientes:*
>
> *[…] en desarrollo del artículo 48 de la Constitución Política, se profirió la Ley 100 de 1993, que reglamentó el Sistema General de Seguridad Social en Salud, sus fundamentos, organización y funcionamiento desde la perspectiva de una cobertura universal, es decir, comprende las obligaciones del Estado y de la sociedad, las instituciones y los recursos destinados a garantizar la cobertura de las contingencias derivadas de la vejez, la salud, la invalidez y la muerte, que pueden afectar la calidad de vida de una persona acorde con el principio de la dignidad humana (artículo 152 de la Ley 100 de 1993).*
>
> *Precisamente, en amparo del riesgo de invalidez se dispuso la creación de una pensión a favor de la persona que ha perdido su capacidad laboral, como consecuencia de una enfermedad o un accidente, con miras a garantizar el derecho al mínimo vital, permitiendo el acceso a un ingreso vinculado con la preservación de una vida digna y de calidad.*
>
> *De esta manera, resulta obligación del Estado proteger a aquellas personas que se encuentran en situación de discapacidad; así mismo, resguardar su derecho fundamental a la seguridad social y acoger medidas de orden positivo orientadas a superar la situación de desigualdad y de desprotección a la que se ven sometidas, pues es a partir del paradigma establecido por los diversos instrumentos internacionales, en torno al deber de los Estados de brindar un trato igualitario y digno a las personas en condición de discapacidad, que el legislador ha ido a la par de dichas prerrogativas, con la expedición de las Leyes 1046 y 1306 de 2009, y 1618 de 2013, con el fin de establecer un modelo de inclusión social para superar las barreras a las que dicha población está sometida.*
>
> *Es por todo lo anterior que en casos en los que las personas con discapacidad relacionada con afecciones de tipo congénito, crónico, degenerativo o progresivo y que tienen la posibilidad de procurarse por sus propios medios una calidad de vida acorde con la dignidad humana pese a su condición, deben ser protegidas en*

aras de buscar que el sistema de seguridad social cubra la contingencia de la invalidez, una vez su estado de salud les impida seguir en uso de su capacidad laboral, derechos que, se itera, sí están reconocidos a los demás individuos.

Bajo este horizonte, conforme al criterio doctrinal actual de la Sala, debe precisare, que si bien la regla general es que para efectos del reconocimiento de la pensión de invalidez, además de una pérdida de capacidad laboral de por lo menos el 50%, se acredite una densidad de semanas determinadas en un lapso de tiempo específico, acorde con la disposición llamada a aplicar, las que se contabilizan hasta cuando esta se estructure; ***excepcionalmente, y en razón de encontrarnos frente a enfermedades crónicas, debe darse un tratamiento diferente, posibilitando tener en cuenta aquellas cotizadas con posterioridad a la fecha de estructuración, o la calenda en que se emitió el dictamen.***

Lo anterior tiene razón de ser por cuanto, en tratándose de padecimientos que pueden catalogarse como crónicos, como los del sub examine, sus efectos son mediatos, en razón a presentarse en un periodo de tiempo prolongado, de tal suerte que el asegurado conserva una cierta capacidad para seguir laborando por determinado lapso temporal, aun después del diagnóstico, la que sin lugar a dudas no se puede soslayar, puesto que sería desconocer principios y normas de rango constitucional que consagran el derecho a la seguridad social, el derecho a la pensión». (Subraya y negrilla fuera de texto).

De conformidad con la anterior posición jurisprudencial, es claro que frente a las situaciones especiales anotadas, en donde la pérdida de capacidad laboral obedece a una enfermedad de tipo crónico, degenerativo o congénito, las reglas para contabilizar las semanas de cotización para efectos pensionales, no deben atender de manera irrestricta la fecha de estructuración, en tanto deben considerarse los aportes que se hayan realizado con posterioridad, e incluso, puede tomarse como punto de partida para el cómputo de las mismas, la fecha de calificación del asegurado, la data de la reclamación de la prestación o la calenda de la última cotización, como quiera que resulta razonable entender que la patología pueda darse o presentarse en cualquiera de los momentos e mención, impidiendo o limitando que el afiliado pueda ser laboralmente productivo, al punto que adquiera la condición invalidante.

Atendiendo lo dicho, y después de un análisis minucioso de los elementos de convicción, ha de indicar el Colegiado, que contrario a lo indicado en el recurso de alzada, el demandante antes de morir sí dejó causada su pensión de invalidez, pues aun cuando no reunió las 50 semanas dentro de los 3 años anteriores a la fecha de estructuración de su invalidez, sí acredita las condiciones previstas por la jurisprudencia que permiten efectuar de manera excepcional, el conteo de semanas en un momento distinto a la fecha de estructuración, ya que como se dijo, el actor padecía una enfermedad catalogada como progresiva, degenerativa y crónica, aunado a que continuó haciendo cotizaciones al Sistema

General de Pensiones después del 12 de diciembre de 2017, fecha de estructuración de su invalidez y hasta el 30 de abril de 2019, en virtud de su capacidad laboral residual.

En ese sentido, es posible como lo indicó el A quo, efectuar el conteo de semanas de cotización para efectos de la pensión reclamada, no a partir de la fecha de estructuración de la invalidez, sino teniendo como punto de partida la última cotización efectuada por el actor, que se *itera*, lo fue el 30 de abril de 2019, encontrando que entre esta última fecha y los 3 años anteriores, es decir, 30 de abril de 2016, el convocante reunió 78.71 semanas (páginas 123 a 126 Archivo 01 del ED), lo cual lo hace merecedor de la prestación reclamada, al demostrar la condición de inválido y las 50 semanas mínimas previstas en la ley.

Puestas así las cosas, acertó el Juzgado de Conocimiento al otorgar la prestación desde el 1º de mayo de 2019, en cuantía inicial de 1 SMLMV y por 13 mesadas al año, siendo oportuno precisar que esto último no se encuentra en discusión en los recursos de alzada.

Pese a lo dicho, sí encuentra la Sala que, como lo resalta la recurrente Porvenir S.A., resulta desacertada la decisión del fallador de primer grado al imponer condena a favor de los herederos determinados e indeterminados del demandante de manera indefinida y reconociendo un retroactivo hasta el 1º de junio de 2023, pues no puede ignorarse que el demandante falleció en el transcurso de este proceso, en específico el 27 de mayo de 2019 (página 4 Archivo 05 del ED), siendo claro que por tal lamentable situación, solo se generaron mesadas a su favor desde el 1º de mayo de 2019 hasta el 27 de mayo de símil año, pues la prestación específica de la invalidez, feneció con el deceso del accionante; ello, sin perjuicio de una eventual pensión de sobrevivientes que hubiere podido surgir, como prestación diferente, y que no es del caso estudiar, dado que la misma no es materia de debate, conforme a la fijación del litigio.

En ese orden, habrá de modificarse la decisión opugnada, en el sentido de limitar el retroactivo pensional causado a la data de fallecimiento del actor, el cual asciende a $745.304, mismo que debe reconocerse a los herederos determinados en indeterminados de manera indexada al momento del pago.

Finalmente, el demandante manifiesta en la alzada inconformidad en lo referente a la falta de condena en costas procesales de primera instancia, en contra de la AFP Porvenir S.A. Al respecto, conveniente resulta recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, como en este caso, pues solo en caso de que la demanda prospere parcialmente el Juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala desacertada la decisión del Juez A quo, pues de acuerdo con lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP, y teniendo en cuenta que la posición de PORVENIR durante el transcurso del proceso fue en llana oposición a las pretensiones de la demanda, cuyos argumentos no salieron avante, es aclaro que fue vencida en juicio, lo que implica que asuma la carga económica antes aludida.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será modificada y revocada parcialmente en los términos expuestos. Sin costas en esta instancia, dada la prosperidad de los recursos de apelación.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: MODIFICAR el NUMERAL SEGUNDO de la sentencia del 6 de junio 2023, proferida por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de condenar a PORVENIR S.A. a reconocer y pagar a los herederos determinados e indeterminados del señor GABRIEL ALBERTO GARCÍA ÁLVAREZ (QEPD), la pensión de invalidez de origen común desde el 1º de mayo de 2019, en cuantía mensual de 1 SMLMV y hasta la data del

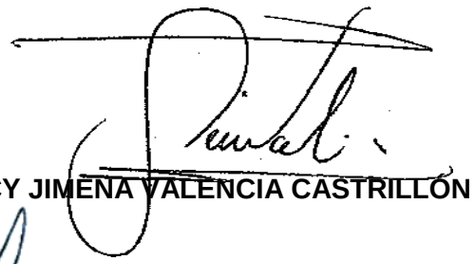
fallecimiento, que lo fue el 27 de mayo de 2019, cuyo retroactivo asciende a la suma de $745.304, misma que debe reconocerse debidamente indexada a la data del pago, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: REVOCAR el **NUMERAL SEXTO** de la sentencia del 6 de junio 2023, proferida por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, para en su lugar, CONDENAR en costas de primera instancia a la AFP PORVENIR S.A., cuyas agencias en derecho deberán ser fijadas por el Juzgado de Conocimiento.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia ante su no causación.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-011-2028-00489-01
DEMANDANTE:	Simeón Ortega Ortiz.
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS.
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 24 de mayo de 2023.
JUZGADO:	Juzgado Once Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de julio dos mil veintitrés (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de esa misma entidad, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 22 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **LUIS CARLOS CORREA QUINTERO** contra **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-011-2022-00489-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

El promotor de la acción pretende se declare la ineficacia de traslado realizado del RPM administrado por el otrora ISS hoy COLPENSIONES, al RAIS administrado por PORVENIR S.A. inicialmente y luego el traslado horizontal efectuado a COLFONDOS S.A. por incumplir con los deberes legales de información, como consecuencia de ello, se declare válida y vigente la afiliación realizada al RPM; se condene a COLFONDOS S.A. a trasladar la totalidad del capital de la cuenta individual a COLPENSIONES, se ordene a esta última a recibir todos los aportes de la seguridad social que le sean trasladados por parte de COLFONDOS S.A. con sus rendimientos correspondientes, que se condené a la AFP del régimen de prima media a que se reconozca y pague la pensión que se cause en un futuro a favor del actor, que se falle extra y ultra petita, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 4 de agosto de 1961, que se afilió al extinto ISS hoy COLPENSIONES hasta el mes de octubre de 1994, data que suscribió solicitud de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que PORVENIR S.A. no le suministró una propuesta debidamente expuesta y explicada a afectos de realizar la afiliación al traslado del régimen, ni tampoco ni le suministro información clara, veraz y completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, específicamente sobre el monto y cálculo de la mesada con la cual se iría a pensionar, la información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como tampoco los riesgos y consecuencias del traslado. Luego en el mes de marzo de 1999 realizó traslado horizontal a COLFONDOS S.A., administradora que de igual forma no le informó de manera clara y detallada la naturaleza, características y condiciones propias del régimen de capitalización de ahorro individual con solidaridad, retornando a PORVENIR S.A en el año 2004. Que el 28 de septiembre de 2022, elevo derecho de petición ante COLPENSIONES, para solicitar la ineficacia de traslado del RPM al RAIS, con respuesta negativa.

[1] Fs. 1 - 24 Archivo 001 Expediente Digital

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.[2]

La administradora de fondos de pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que la decisión de traslado fue libre, voluntaria e informada, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales tal como se advierte del formulario de afiliación suscrito por el actor, de conformidad a lo establecido en el numeral 1 del artículo 97 del Decreto No. 663 de 1993. Adujo, que en dicha asesoría le informó sobre el régimen de transicional pensional, que el monto de su pensión dependería del capital aportado en su cuenta individual (100% del valor del salario mínimo y sometida a la realización de un cálculo actuarial); que podría realizar aportes voluntarios, periódicos u ocasionales a su cuenta.

Propone como excepciones de fondo: prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

COLPENSIONES[3]

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o la configuración de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del actor, al contrario se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, ni tampoco cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, para poder trasladarse de régimen en cualquier tiempo. Frente a los hechos aceptó la fecha

[2] Fs.1-36 Archivo 006 Expediente Digital
[3] Fs. 1-44 Archivo 007 Expediente Digital

de nacimiento y la vinculación del demandante al Régimen de Prima Media con Prestación Definida a partir del 24 de abril de 1984, cotizando un total de 619,86 semanas.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: 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 e instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica.

COLFONDOS S.A.[4]

La administradora de fondos de pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que si brindo al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPM, las ventajas y desventajas y el derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Frente a los hechos acepto los relativos a la fecha de nacimiento, vinculación al RPM y posterior traslado al RAIS a través de COLFONDOS S.A.

Propone como excepciones de fondo: prescripción de la acción para solicitar la nulidad del traslado, compensación y pago, inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, genérica, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al régimen de ahorro individual con solidaridad, ratificación de la afiliación del actor al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 24 de mayo de 2023, declaró la ineficacia de traslado del demandante a

[4] Fs. 2-22 Archivo 008 Expediente Digital

PORVENIR S.A. efectuada el 11 de octubre de 1994, en consecuencia, ordenó a PORVENIR S.A. Y COLFONDOS S.A. el traslado a COLPENSIONES de la totalidad de las sumas que hubiesen recibido como producto de las cotizaciones obligatorias realizadas por el demandante durante su permanencia en dichas administradoras del RAIS, es decir, el 100% de las cotizaciones con sus respectivos rendimientos financieros, incluyendo además en dicha devolución los porcentajes destinados a gastos de administración, pago de primas de seguros previsionales de invalidez y de sobrevivientes y fondo de garantía de pensión mínima, condenó a Colpensiones a reactivar de manera inmediata la afiliación del demandante Simeón Ortega Ortiz del régimen de prima media con prestación definida sin solución de continuidad. Además, a recibir la devolución de los dineros ordenados en este proveído y a computar los tiempos cotizados por el demandante en el RAIS como semanas validas en la historia laboral, y condenó en costas a las demandadas.

Como fundamentos de su decisión, el *A quo* señaló que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el sub examine, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado haya cumplido con el deber legal de informar a la parte demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, pues el formulario de afiliación es insuficiente para acreditar ese hecho; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia del traslado, junto con las consecuencias propias que ello acarrea de acuerdo a la jurisprudencia actual.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada en contra de la totalidad de la sentencia, indicó que el traslado que realizó el demandante fue en ejercicio del derecho de libre escogencia, conforme a derecho de acuerdo a las normas vigentes para la época, por lo que no debía realizar proyecciones ni suministrar otra información, que no eran exigibles y solo se requería de la suscripción del formulario de afiliación. Adujo que para la fecha de traslado del RPM al RAIS no estaba vigente el Decreto 2071 del 2015, sin que sea posible achacarles a las administradoras una conducta basada en normas inexistentes.

Manifiesta que, la declaratoria de ineficacia repercute el principio de sostenibilidad financiera pues en el instante que no alcance el dinero en la cuenta de ahorro individual deberá asumir del fondo común la financiación de la mesada pensional del actor, afiliado que ha permanecido en el RAIS por espacio superior a veintiocho años.

La demandada **COLFONDOS S.A.,** formuló recurso de apelación de forma parcial, frente a la orden impartida de devolución de los gastos de administración, aportes a seguros previsionales para invalidez y sobrevivencia, como los aportes destinados al Fondo Garantía Pensión Mínima. Indicó que no procede su devolución pues se desbordan los efectos de la ineficacia, atendiendo que los mismos no están destinados a financiar su pensión de vejez, y conllevaría a un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones, pues se tratan de rendimientos financieros por la buena gestión de la cuenta de ahorro individual del afiliado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por SIMÉON ORTEGA ORTIZ al régimen de ahorro individual administrados por las AFP´S PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como**

emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (Subraya la Sala).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo lo elementos de juicio que reposan el plenario, no acreditó **PORVENIR S.A.**, ni tampoco **COLFONDOS S.A.** quien tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *"afirmaciones o negaciones indefinidas",* se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ***"(…) garantiza el***

respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (…)" (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PORVENIR S.A.** el 11 de octubre de 1994, (página 37 archivo 06 ED), luego se traslado a COLFONDOS S.A. el 17 de noviembre de 1998, para retornar nuevamente a PORVENIR S.A. el 24 de agosto de 2004 (página 38 archivo 06 ED) **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto los formatos de afiliación suscritos por el demandante no fueron elaborados libremente por las AFP del RAIS demandadas, sino que correspondían a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que las entidades cumplieran con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados, el cual debe atenderse respecto de todos sus afiliados, independientemente de su formación profesional. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el actor a **PORVENIR S.A.** y a **COLFONDOS S.A.** no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las

asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a las AFP demandadas acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar que no le asiste razón a las administradoras privadas en sus argumentos, pues contrario a su dicho, del interrogatorio de parte absuelto por el demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues el demandante fue claro en señalar que la época de traslado desconocía las características de cada régimen, que no le fue informado acerca de las consecuencias de traslado del Régimen de prima media al cual venía cotizando desde el año 1981, sin dar más especificaciones de circunstancias de tiempo, modo y lugar en que se dio el traslado de régimen y los traslados horizontales realizados dentro del RAIS. (Min. 30:10-40:07 archivo de audio y video 017 ED).

Con todo, ante la falta de prueba de consentimiento informado y sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el actor y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos, los gastos de administración que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculado el demandante, incluyendo el porcentaje destinado al seguro previsional y al fondo de garantía de pensión mínima.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

> *"(…) 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. (…)"*

Conforme con lo anterior, fue acertada la decisión del *A quo* de ordenar PORVENIR S.A. y COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y, además, que todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por la AFP debían ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el accionante estuvo afiliado en el RAIS. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se confirmará la sentencia en ese sentido.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a COLPENSIONES, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[…] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que "En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: *«[…] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*.

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la parte actora.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, construidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será

confirmada. Se condena en costas en esta instancia, por cuanto no prosperó el recurso interpuesto, las cuales serán a cargo de COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho 1 SMMLV para cada una.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

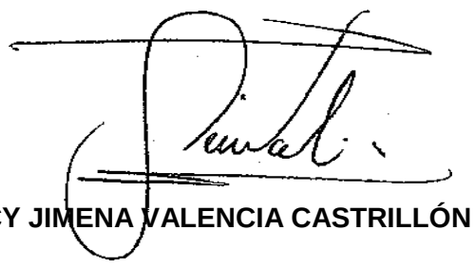
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 24 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Once (11) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.** inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV para cada una al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-013-2020-00407-01
DEMANDANTE:	RAMIRO DE JESÚS DÁVILA CARTAGENA.
DEMANDADO:	UGPP
ASUNTO:	Apelación Sentencia y Consulta del 2 de diciembre de 2022
JUZGADO:	Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Mesada Catorce
DECISIÓN:	ADICIONA

Hoy, treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por la UGPP, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta entidad, respecto de la sentencia del 25 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **RAMIRO DE JÉSUS DÁVILA CARTAGENA** contra **UGPP** con radicado No**. 11001-31-05-013-2020-00407-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

El promotor de la acción en síntesis pretende, se declare que tiene derecho a la mesada adicional de junio o mesada 14, desde la fecha que cumplió 55 años para disfrutar la pensión convencional, esto es, desde el 26 de junio de 2009, por haber adquirido su derecho el 27 de junio de 1.999, previsto en la Convención Colectiva de Trabajo 1998-1999 suscrita por la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero y la organización sindical Sintracreditario, es decir, antes de la entrada en vigencia del Acto Legislativo 001 de 2005; como consecuencia de ello, solicita ordenar a la demandada restablecer el pago de la mesada de junio desde el año 2009 y a futuro, junto con la indexación, los intereses moratorios, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que prestó sus servicios personales a favor de la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero, por más de 20 años, siendo terminado su contrato de trabajo el 27 de junio de 1.999 por parte de la empleadora, data desde la cual adquirió la pensión prevista en la Convención Colectiva de Trabajo, la cual se hizo exigible cuando cumplió la edad de 55 años, esto es, el 26 de junio de 2009. Que el fondo pasivo social de ferrocarriles nacionales de Colombia, emitió la Resolución No. 2990 del 22 de octubre de 2009 por medio de la cual se reconoció una pensión de jubilación convencional a partir del 26 de junio de 2009. Que la primera mesada pensional se pagó en cuantía mensual de $1.008.936 que equivale al 75% del salario promedio devengado en el último año de servicios a la Caja Agraria. Que mediante Resolución No. 1417 del 2 de mayo de 2013, el referido Fondo indexó la pensión de jubilación convencional elevando la cuantía inicial a la suma de $1.854.940. Que agotó la correspondiente reclamación administrativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[2]

La demandada se opuso a la totalidad de las pretensiones, argumentando en síntesis que, la pensión convencional reconocida al actor se causó en vigencia

[1] Páginas 1-15 archivo 08 del expediente digital.
[2] Páginas 76-81 archivo 12 del expediente digital.

del Acto legislativo 01 de 2005, y teniendo en cuenta que la cuantía de la pensión convencional fue la suma de $1.854.940 para el mes de mayo de 2013, es un monto que supera con creces el tope de tres (3) salarios mínimos mensuales legales vigentes.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Falta de causa e inexistencia de la obligación, cobro de lo no debido, buena fe, prescripción, compensación, compatibilidad de la pensión y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Trece (13) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante sentencia del 25 de mayo de 2023, declaró que el demandante tiene derecho a que la UGPP le pague la pensión convencional que le fue otorgada por 14 mesadas anuales; condenó a la demandada a reanudar el pago de la mesada pensional adicional del mes de junio o mesada 14, correspondiente a la pensión de jubilación convencional reconocida al accionante a partir de 21 de enero de 2017, procediendo la misma a partir de junio del mismo año, aplicando los reajustes de ley que proceden y con la debida indexación del retroactivo, del que puede descontar el porcentaje correspondiente a los aportes al sistema de salud; declaró probada parcialmente la excepción de prescripción y condenó en costas a la UGPP.

Como fundamento de su decisión, manifestó la *A quo*, después de hacer referencia a la jurisprudencia relativa a la causación de la pensión de jubilación convencional de la Caja Agraria y la vigencia de la mesada adicional de junio, que en el caso, tal prestación fue generada a favor del actor desde el 27 de junio de 1999, esto es, a la data del retiro del servicio, por manera que no le son aplicables las previsiones del Acto Legislativo 001 de 2005, sobre la vigencia de la mesada de junio, y por ello, desde la fecha en que se causó la pensión de jubilación convencional, tiene derecho al pago de 14 mesadas por año. Citó como soporte de lo anterior las sentencias SL526-2018, SL 3438-2021 y SL4347 de 2022, proferidas por la Sala Laboral de Casación de la Corte Suprema de Justicia. Añadió que como la mesada fue suspendida en su pago desde el año 2002, y la

reclamación administrativa se formuló el 22 de enero de 2020 siendo radicada la demanda el 27 de octubre de símil año, es claro que ha operado el fenómeno de la prescripción sobre las mesadas adicionales de junio causadas con anterioridad al año 2017.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **DEMANDADA UGPP**, formuló recurso de apelación aduciendo para el efecto, que se ha de mostrado dentro del proceso que el demandante no es beneficiario de la mesada 14 porque adquirió el estatus jurídico de pensionado el 26 de junio de 2009, en vigencia del Acto Legislativo 01 de 2005, que entró a regir a partir del 25 de julio del mismo año, acotando que para la fecha de efectividad y reconocimiento de la prestación, la misma equivalía a $1.854.940, siendo claro que el monto pensional era superior a 3 SMLMV. Agregó que no esta conforme con la orden impartida de indexación de las mesadas reconocidas a partir del año 2017 y frente a las costas procesales adujo su improcedencia, porque la oposición realizada por la UGPP se sustentó en argumentos fácticos y jurídicos valederos y relevantes para el caso concreto.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

CONSIDERACIONES

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en consonancia con los reparos invocados en la alzada, y

el grado jurisdiccional de consulta a favor de la UGPP, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si el accionante es beneficiario de la mesada catorce y si es procedente la condena en costas en contra de la accionada.

No se presenta discusión en lo que atañe a la condición de pensionado de RAMIRO DE JÉSUS DÁVILA CARTAGENA, lo que adicional se ratifica de los medios de convicción adosados al plenario, que se analizan bajo lo dispuesto en los artículos 60 y 61 CPL, probanzas de las cuales se colige, tal como con acierto lo determinó el A quo, que al demandante le fue reconocida pensión de jubilación convencional, a través de la Resolución No, 2990 del 22 de octubre de 2009, a partir del 26 de junio de 2009, en cuantía de $1.008.936, indexada mediante Resolución 1417 del 2 de mayo de 2013, en cuantía de $1.854.940 para el año 2009, y según lo resuelto en dicha Resolución para el año 2012 correspondía a la suma de $2.024.827 (págs. 7 a 15 archivo 02 del ED), supuestos fácticos respecto de los cuales no existe discusión entre las partes en litigio, en esta segunda instancia.

En aras de resolver la *Litis*, esta Sala de Decisión se permite iniciar el estudio de la alzada recordando que la prestación de jubilación convencional del actor le fue reconocida por virtud de la Resolución No. 2990 del 22 de octubre de 2009, aclarada mediante Resolución 1417 del 2 de mayo de 2013, y en cuyas consideraciones se indicó con claridad que al contar el demandante con más de 20 años al retiro del servicio, pues prestó servicios desde el 8 de febrero de 1975 y se retiró el 27 de junio de 1999, para un total de 24 años y 140 días, por tanto causó su derecho a la prestación en referencia, conforme a las voces de la Convención Colectiva de Trabajo, siendo la edad un requisito de exigibilidad de la pensión convencional como se observa en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo suscrita por la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Minero y el sindicato nacional de trabajadores por el periodo 1998-1999, tal como se observa a páginas 2 a 76 archivo 03 del expediente digital.

Por tanto, al haberse definido en decisión anterior, que la prestación de jubilación convencional del actor, se causó desde su retiro, que lo fue el 27 de junio de 1999, no entiende la Sala las razones por las cuales la UGPP indica en su contestación de demanda e insiste en su recurso de apelación, que la misma se generó el 26 de junio de 2009, pues conforme a la Resolución en comento, dicha data representa únicamente la fecha de exigibilidad de la pensión, porque se *itera*, su causación tuvo lugar desde el 27 de junio de 1999.

Puestas así las cosas, es dable a la Sala concluir sin dubitación alguna, que el ex trabajador tiene derecho al reconocimiento de la mesada catorce sobre la cual no existió pronunciamiento expreso en la Resolución, pues por imperio de la Ley 100 de 1993, en su artículo 142, se estatuyó sin diferencia o exclusión alguna, que esta prestación económica se reconoce a *«Los pensionados por jubilación, invalidez, vejez y sobrevivientes, de sectores públicos, oficial, semioficial, en todos sus órdenes, en el sector privado y del Instituto de Seguros Sociales, así como los retirados y pensionados de las Fuerzas Militares y de la Policía Nacional, tendrán derecho al reconocimiento y pago de treinta (30) días de la pensión que le corresponda a cada uno de ellos por el régimen respectivo, que se cancelará con la mesada del mes de junio de cada año, a partir de 1994».*

No teniendo ninguna incidencia sobre el caso el Acto Legislativo 01 de 2005, dado que dicha norma respeta los derechos adquiridos con anterioridad a su expedición, como ocurre en el presente caso, de suerte que al demandante no le es aplicable el límite temporal introducido por la reforma constitucional respecto de la mesada adicional de junio, que a la letra dispone: *«Las personas cuyo derecho a la pensión se cause a partir de la vigencia del presente Acto Legislativo no podrán recibir más de trece (13) mesadas pensionales al año. Se entiende que la pensión se causa cuando se cumplen todos los requisitos para acceder a ella, aun cuando no se hubiese efectuado el reconocimiento»* (Resaltado de la Sala); en igual sentido, no tiene alcance en el presente caso el parágrafo transitorio 6º de la norma *ejusdem*, el cual adoctrina que:

> *«Parágrafo transitorio 6o. Se exceptúan de lo establecido por el inciso 8o. del presente artículo, aquellas personas que perciban una pensión igual o inferior a tres (3) salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la misma*

se causa antes del 31 de julio de 2011, quienes recibirán catorce (14) mesadas pensionales al año» (Subraya de la Sala).

Y es que, al haberse causado su derecho pensional en el año 1999, cuando fue retirado de la Caja Agraria con 24 años de servicios, se insiste, como así lo definió el Fondo de Pasivo Social Ferrocarriles Nacionales de Colombia, diáfano resulta concluir que el reconocimiento y pago de la mesada de junio o catorce, no se vio afectada por tal reforma constitucional, contario a lo indicado por la pasiva en su alzada.

Por tanto, al no existir duda sobre el derecho que le asiste al actor a percibir la mesada 14, se procederá a revisar la excepción de prescripción, en virtud del grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de la UGPP.

DE LA PRESCRIPCIÓN

Al reconocerse el derecho en cabeza del demandante, se debe entrar a estudiar el fenómeno prescriptivo propuesto por la UGPP, al momento de contestar la demanda. Pues bien, de entrada ha de indicarse que en materia laboral existen normas que rigen en forma especial no sólo la parte sustantiva, sino en la parte adjetiva; es así como encontramos que el artículo 488 del Código Sustantivo del Trabajo respecto al asunto de la prescripción consagra que: *«Las acciones correspondientes a los derechos regulados en este Código prescriben en tres (3) años, que se cuentan desde que la respectiva obligación se haya hecho exigible, salvo en los casos de prescripciones especiales establecidas en el Código Procesal del Trabajo o en el presente estatuto»*.

En ese orden, para efectos de no permitir que el transcurso del tiempo extinga las acciones o derechos a que haya lugar, es menester conforme a lo antedicho, que el trabajador eleve reclamación de los derechos que pretende le sean reconocidos, eso sí dentro del término mismo de la prescripción, obviamente para que opere la figura de la interrupción del mismo.

Bajo este horizonte y descendiendo al caso bajo estudio, se tiene que el actor en su demanda indicó que dejó de percibir su mesada adicional de junio

desde el año 2013, además, elevó reclamación para la reanudación de su pago el 22 de enero de 2020 (páginas 90 a 94 archivo 12 ED) y la demanda fue radicada el 27 de octubre de 2020 (archivo 03 ED), fluyendo innegable que las mesadas causadas con anterioridad al 21 de enero de 2017, se encuentran afectadas por el fenómeno prescriptivo, tal y como acertadamente lo dispuso el Juzgado de Conocimiento.

DEL RETROACTIVO PENSIONAL

Por otra parte, no escapa la atención de esta Sala de Decisión, que el Juez de primer grado, no materializó el derecho sustancial deprecado, pues no concretó la condena impartida a la parte demandada, ni ofreció los parámetros para su liquidación, dado que su actividad jurisdiccional en dicho punto, se circunscribió a ordenar el pago del derecho suplicado (retroactivo pensional) comportamiento este que no se ajusta a los lineamientos proscritos en materia laboral y de seguridad social, por cuanto los Jueces están obligados a precisar y detallar las condenas en sus fallos, dado que éstas no pueden quedar en manera alguna al arbitrio de un tercero o de la misma parte vencida en juicio, tal como se dispone en el art. 283 del CGP aplicable a los juicios del trabajo y de la seguridad social, por remisión del art. 145 del CPTSS, lo anterior, sin perjuicio, que en casos particulares, los operadores judiciales determinen los parámetros bajo los cuales debe hacerse la cuantificación de las condenas, circunstancia que no es la que acaece en autos, pues, contaba con todos los elementos de juicio para cuantificar el valor de la prestación.

En aras de materializar el derecho sustancial, se evidencia, que, las mesadas adeudadas al demandante, a la fecha de emisión de la presente sentencia, corresponden a los siguientes valores:

FECHA INICIAL	FECHA FINAL	INCREMENTO	VALOR MESADA	N. MESADA	SUBTOTAL
1/06/2017	30/06/2017	5,75%	2.474.816	1	2.474.816
1/06/2018	30/06/2018	4,09%	2.576.036	1	2.576.036
1/06/2019	1/06/2019	3,18%	2.657.954	1	2.657.954
1/06/2020	1/06/2020	3,80%	2.758.956	1	2.758.956
1/06/2021	1/06/2021	1,61%	2.803.099	1	2.803.099
1/06/2022	1/06/2022	5,62%	2.960.633	1	2.960.633
1/06/2023	1/06/2023	13,12%	3.345.515	1	3.345.515
				TOTAL	19.577.009

Así, se obtuvo un valor de **$19.577.099** como retroactivo causado a título de mesadas pensionales adicionales de junio a favor del actor, siendo lo procedente adicionar la decisión de primer grado en tal suma dineraria, en aras de determinar la condena en concreto, como así lo dispone el CGP, misma que debe ser indexada como lo indicó el A quo, atendiendo al fenómeno inflacionario de la devaluación de la moneda.

Frente a lo anterior, tampoco le asiste razón a la recurrente al señalar que no es procedente la indexación del retroactivo reconocida, pues no solo procede porque el paso del tiempo conlleva la pérdida del poder adquisitivo de la prestación, sino porque no fueron solicitados los intereses moratorios. A cita de ejemplo véase la sentencia SL1516-2023, proferida por la Sala de Casación Laboral de la CSJ.

Finalmente, la demandada manifiesta en la alzada inconformidad en lo referente a la imposición de costas procesales en su contra por el Juzgado de Conocimiento. Juzga conveniente recordar por esta Colegiatura, que las costas son la carga económica que dentro de un proceso debe afrontar quien obtuvo una decisión desfavorable y comprende además de las expensas erogadas por la otra parte, las agencias en derecho, sin que para ello sea menester que la parte contraria actúe o no en la respectiva instancia.

En ese sentido, la normatividad procesal dispone que se condenará en costas a la parte vencida en el proceso o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, pues solo en caso de que la

demanda prospere parcialmente, el Juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial.

De acuerdo con lo anterior, encuentra la Sala acertada la decisión del *A quo* de imponer condena en costas a la pasiva, por tratarse de la parte vencida en el presente trámite, de acuerdo con lo reglado por los arts. 361 a 366 del CGP, máxime que se opuso a las pretensiones de la demanda y formuló excepciones de mérito, que no fueron acogidas, ni salieron avante. Siendo lo procedente confirmar dicha condena.

Costas en esta instancia a cargo de la **UGPP** por no haber prosperado su recurso de apelación, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

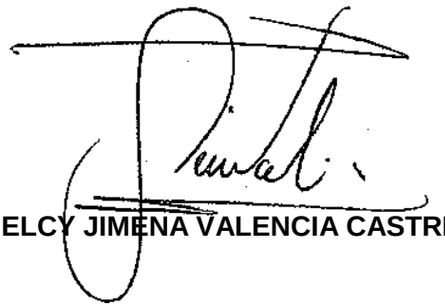
PRIMERO: ADICIONAR el **NUMERAL SEGUNDO** de la sentencia del 25 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de Bogotá, en el sentido de **CONDENAR** a la **UGPP** a pagar a favor del actor la suma de $**$19.577.099** a título de retroactivo pensional causado por las mesadas adicionales generadas desde el mes de junio de 2017 hasta el mes de junio de 2023, junto con las que se causen en lo sucesivo hasta la fecha de pago, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

TERCERO: COSTAS en esta instancia a cargo de la **UGPP** por no haber prosperado su recurso de apelación, incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-018-2019-00602-01
DEMANDANTE:	SANTIAGO CRUZ RUEDA.
DEMANDADO:	EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ ETB- S.A E.S.P.
ASUNTO:	Apelación de la Sentencia del 3 de noviembre de 2022.
JUZGADO:	Juzgado 18 Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Reintegro aplicación de sentencia de tutela y perjuicios morales.
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, Treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por la parte DEMANDANTE frente a la sentencia del 3 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **SANTIAGO CRUZ RUEDA** contra **EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ ETB- S.A E.S.P.**, con radicado No. 11001-31-05-018-2019-00602-01.

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

El promotor de la acción pretende que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la sociedad Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. por el periodo comprendido entre el 16 de julio de 1997 y el 27 de junio de 2018,

[1] Fs. 1-19, 1-3 archivo 04 y 12 del expediente digital.

que se deje sin efecto la terminación de su contrato de trabajo por incumplimiento del requisito establecido en el numeral cuarto de la sentencia T-764 de 2005, como consecuente de ello se ordene su reintegro al cargo que venía desempeñando al momento del despido o uno igual o superior categoría, junto con el pago de salarios dejados de percibir, prestaciones legales y extralegales, vacaciones, aportes al Sistema integral de seguridad social hasta el momento que se materialice el reintegro, aparejado con costas procesales. Como pretensiones subsidiarias que se ordene los perjuicios materiales y morales por la terminación ilegal e injusta del contrato de trabajo y a la reliquidación de salarios, prestaciones sociales legales y extralegales causadas a la finalización del contrato de trabajo.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que el 16 de julio de 1997, ingresó a laborar mediante contrato de trabajo a término indefinido para desempeñar el cargo de empalmador, siendo su último salario la suma de $2.500.000, ligamen que finalizó por decisión de la empleadora a partir del 27 de junio de 2018. Adujo que, a partir del 1 de enero del año 2016, se inició un proceso de privatización de la empresa ETB S.A. E.S.P. y como consecuencia de ello para el año 2018 la empresa dispuso el despido de 42 trabajadores con el pago de una indemnización, entre ellos el demandante.

Señaló, que la empresa no cumplió con el requisito establecido en la sentencia T-764 de 2005, que aconsejó a la empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. para que en el evento en que decida hacer uso legitimo de la facultad de terminación unilateral, proceda a informar de tal propósito al sindicato respectivo. Por último, señaló que raíz del despido ha sufrido un profundo daño moral, derivado de la terminación unilateral de su contrato de trabajo, pues no cuenta con los requisitos para obtener su derecho pensional, toda vez, que la pasiva interrumpió abruptamente su posibilidad de obtener su reconocimiento pensional, aunado de una afectación moral y económica de su núcleo familiar ante la pérdida del empleo de quien proveía la mayor parte de los ingresos del hogar.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[2]

La pasiva se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa expuso, en síntesis, que no es cierto que la empresa se encuentra obligada a informar a la organización sindical sobre la terminación

[2] Fs. 2-27 del archivo 09 del expediente digital.

unilateral del contrato de trabajo sin justa causa a trabajadores sindicalizados u otros, pues la prevención dada en el numeral cuarto de la sentencia T-764 de 2005, es inter partes y para un caso en concreto, no para siempre ni para todas las terminaciones de contratos de trabajo a trabajadores sindicalizados que ocurrieran mientras existiera la ETB. Adujo, que canceló una indemnización convencional muy superior a la legal que ascendió a la suma de $91.192.447, cancelando de manera completa y de forma rápida.

Frente a los hechos, dio por cierto la vinculación a la ETB S.A. E.S.P., el cargo desempeñado y que la terminación se dio sin justa causa cancelando la respectiva indemnización convencional. Propuso como excepciones de fondo las que denominó: inexistencia de causa para demandar, cobro de lo no debido, prescripción, pago, compensación, actuación de buena fe por parte de la demandada, inexistencia de la obligación de pagar indemnización moratoria, indexación, perjuicios o costas procesales, falta de supuestos fácticos y probatorias que soporten las pretensiones de la demanda y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 3 de noviembre de 2022, declaró que entre las partes existió un contrato de trabajo a término indefinido que inició el 16 de julio de 1997 y finalizó sin justa causa el 27 de junio de 2018, declaró probada la excepción de cobro de lo no debido, inexistencia de la obligación de pagar indemnización moratoria, indexación, perjuicios o costas procesales y en consecuencia absolvió a la EMPRESA DE TELECOMUNICACIONES DE BOGOTÁ S.A. ESP / ETB S.A. ESP de todas las pretensiones incoadas en su contra.

Como fundamentos de su decisión, en síntesis, la *A quo* señaló, previa mención de que estaba plenamente demostrada la existencia del contrato de trabajo a término indefinido entre las partes por el periodo del 16 de julio de 1997 al 27 de junio de 2018, ligamen que finalizó sin justa causa y ETB S.A. pagó la respectiva indemnización convencional. Frente al reintegro deprecado con fundamento en el numeral cuarto de la sentencia T-764 de 2004, explicó que el Órgano de cierre en materia constitucional previno a la entidad demandada que en un futuro en caso de dar por terminado los contratos de trabajo de trabajadores sindicalizados, debía informar previamente a la organización sindical a la cual pertenecían. Sin embargo, de la revisión de la mencionada sentencia dedujo que en dicha oportunidad se

efectuó el estudio de unos contextos individuales con efectos inter partes y no era omnes por tanto no era viable el reintegro deprecado.

Estimó, que de conformidad a las declaraciones recibidas y a las demás pruebas recaudadas no dan certeza si al momento del despido el actor se encontraba en una situación de debilidad manifiesta y con un estado de salud particular agravado y derivado del despido. Aunado, que tampoco se demostró sí fue objeto de persecución por parte de la empresa por ejercer activismo sindical. Agregó, que, revisado el dictamen aportado por la propia parte, el mismo se basó para tasar los perjuicios en la propia declaración del ex trabajador Cruz Rueda y de la liquidación final al momento del despido, no siendo lo anterior suficiente para tasar unos perjuicios morales que no se probaron. En conclusión, ante la orfandad probatoria de la parte actora quien le incumbía demostrar el perjuicio moral por el despido, denegó cualquier pretensión tendiente a una indemnización.

APELACIÓN

El demandante interpuso recurso de alzada en contra de la integralidad de la sentencia, en el sentido que la parte resolutiva de la sentencia T-764 de 2015 no es inter partes, sino hace una prevención a la empresa que en el futuro si desea despedir debe informar previamente de tal propósito al sindicato respectivo, jurisprudencia que debe ser aplicada por la empresa con el fin de evitar persecuciones sindicales, exhortación que no atendió y deviene la ilegalidad del despido siendo procedente el reintegro. En caso de negarse, la pretensión principal se estudie nuevamente las declaraciones vertidas dentro del proceso y que demuestran los perjuicios morales como consecuencia del despido.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar, si el despido efectuado por la ex empleadora es ineficaz al no dar cumplimiento al ordinal cuarto del resuelve de la sentencia T-764 de 2005 proferida por la Corte Constitucional. En caso afirmativo, si tiene derecho al reintegro que reclama con los pagos de las respectivas acreencias. Como segundo problema jurídico a resolver debe determinar la Sala si hay lugar a los perjuicios irrogados por la terminación injusta del contrato de trabajo.

CONSIDERACIONES

No es materia de debate dentro del presente asunto: **1.** Que las partes suscribieron un contrato de trabajo a término indefinido, el 16 de julio de 1997. **2.** Que, mediante comunicación del 25 de junio de 2018, la ex empleadora comunicó al actor la terminación el contrato de trabajo, de conformidad con el artículo 64 del Código Sustantivo de Trabajo modificado por el artículo 28 de la Ley 797, y el literal c) cláusula 4° de la Convención Colectiva de Trabajo 1990-1991, pagando su respectiva indemnización por valor de $91.192.477. (pág. 34 archivo 01 y pág. 84 del archivo 09 del expediente digital).

1. Procedencia del reintegro por la fuerza vinculante del precedente jurisprudencial.

Alega el recurrente a lo largo del proceso, que la ex empleadora ahora demandada debió tener en cuenta que como el actor estaba vinculado al sindicato al momento de la rescisión del contrato, estaba sujeta a lo mentado en el ordinal cuarto del resuelve de la sentencia T-764 de 2005, que reza lo siguiente:

> ***"Cuarto. PREVENIR** a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P. para que en el evento en que decida hacer uso legítimo de la facultad de terminación unilateral que la legislación laboral otorga al empleador, respecto de trabajadores sindicalizados, proceda a informar previamente de tal propósito al sindicato respectivo, en los términos expresados en la jurisprudencia constitucional".*

Ahora bien, ha de precisarse que la Corte Constitucional ha definido el

precedente judicial como el conjunto de sentencias previas al caso que habrá de resolverse, y que, por su pertinencia para la decisión del mismo, debe considerar un juez o una autoridad determinada al momento de dictar sentencia.

Asimismo, ha señalado que su precedente tiene fuerza vinculante puesto que la jurisprudencia es fuente formal del derecho, y la hermenéutica que elaboran las autoridades judiciales que poseen la facultad de unificarla y otorgar comprensiones a normas superiores que contribuyen a determinar el alcance de disposiciones jurídicas y a desarrollar principios básicos del Estado Constitucional, como el de seguridad jurídica, además, permite materializar los principios de la igualdad, supremacía de la Carta Política, debido proceso y confianza legítima, a cita de ejemplo véase las sentencias SL1938-2020, SL 2547-2020 y SL305-2022.

No obstante, la misma Corte Constitucional, ha diferenciado entre (i) providencias derivadas del control abstracto de constitucionalidad, es decir, aquellas que determinar el contenido y alcance de la normativa superior, y (ii) del precedente en vigor, esto es, el que proviene de las decisiones por acciones de tutela.

El primero tiene fuerza vinculante especial y obligatoria en razón de sus efectos *erga omnes* y su desconocimiento significa una trasgresión a las disposiciones de la Constitución Política, tal como lo se ha instruido en las decisiones; C-083-1995, C836-2001, C-335-2008 y C-539-2011; mientras que el segundo, le permite al juez apartarse de sus postulados siempre que cumpla con el deber de trasparencia y argumentación suficiente; ello, debido a los efectos *inter partes* que produce la jurisprudencia en estos casos.

En ese orden de ideas y teniendo en cuenta que los principios constitucionales no son absolutos y que su aplicación debe ser proporcional, a fin de no quebrantar otros bienes jurídicos superiores valiosos como los establecidos en la Ley y de no contrariar las decisiones emanadas por nuestro Órgano de Cierre, esto es, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, la Sala considera que el criterio expuesto en la sentencia T-764-2005, no coincide con la estabilidad que el recurrente pretender dar para ser aplicado a su situación, tal como se expone a continuación.

Para contextualizar: en la sentencia T-764 de 2005, la Corte Constitucional resolvió una acción de tutela que el sindicato Sintrateléfonos a nombre de varios

trabajadores promovieron dentro de los cuales no se encuentra el actor, contra *la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá – ETB S.A*, a fin de obtener el amparo de sus derechos fundamentales. Los accionantes en su momento solicitaron que se ordene a la aquí demandada a reintegrar a los 35 trabajadores despedidos, pagándoles los salarios y prestaciones dejados de percibir.

La Corte concluyó luego de un análisis de legitimación por activa del sindicato, y por pasiva en lo referente a la Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P., como sociedad comercial por acciones y la ausencia de un medio de defensa judicial alternativo. Frente a la existencia de una conducta antisindical en la terminación unilateral de los contratos de trabajo, explicó que en los eventos de terminación unilateral y sin justa causa del contrato de trabajo opera la llamada estabilidad impropia que se resuelve en la indemnización del trabajador. Sin embargo, en lo referente a los trabajadores sindicalizados la jurisprudencia constitucional ha señalado la posibilidad de que el empleador acuda a la desvinculación de un cierto número de trabajadores, con un objetivo de persecución sindical o conductas antisindicales, siendo necesario que el empleador dentro del proceso acredité la existencia de una razón distinta para la terminación de los contratos de trabajo.

Para amparar la protección constitucional, el máximo órgano de cierre de tal jurisdicción consideró que, en ese preciso asunto, para despejar esa duda de persecución sindical le bastaría a la empresa con acreditar sumariamente la existencia de una razón distinta que desvirtué la pretensión de un ánimo persecutorio. Sin embargo, la empresa accionada obro de manera ambigua y reticente al responder la acción de tutela y de abstenerse de responder el requerimiento de la Corte Constitucional, y que le habría en su momento permitido corroborar su posición que el despido fue con ocasión a un proceso de restructuración.

Frente a la orden impartida en el ordinal cuarto del resuelve de la sentencia, atrás citado consideró que con base a la sentencia T-1328 de 2001, y atendiendo al ambiente de tensión originado en la posición del sindicato en relación con la privatización de la ETB y en general de las empresas públicas del sector de las telecomunicaciones, instruyó que adicional a la orden de reintegro conminó al empleador a informar previamente a la organización sindical antes de dar por terminado los contratos de trabajo.

Posteriormente, en caso similar al auscultado el sindicato Sintratélefonos instauro acción de tutela en contra de la aquí accionada en busca del reintegro de quince trabajadores despedidos y, en consecuencia, se ordene su reintegro sin solución de continuidad, de conformidad a lo ordenado en el numeral cuarto de la sentencia T-764 de 2005, proferida por la Corte Constitucional.

Mediante sentencia T-660 del 2010, el Colegiado Constitucional negó tal petición de amparo, tras considerar que en la sentencia T-764 de 2005, se atendió unas circunstancias particulares por el desconocimiento del derecho sindical que se protegió, situaciones de hecho diferentes a las ventiladas en el expediente en mención. En ese orden, consideró que ante las nuevas circunstancias y situaciones diferentes a las ventiladas en la sentencia T-764 de 2005, no se establecía un incumplimiento por parte de la empresa accionada.

En resumen, las pretensiones del actor se estructuran a partir de una lectura que no surge de lo resuelto por la Corte Constitucional en la sentencia T-764 de 2005, pues al analizar el puntual caso la exhortación impuesta a la empresa se debió a que los despidos se produjeron en una época de agitación sindical y de tensión en las relaciones empresa y sindicato, circunstancias muy diferentes a las expuestas en los hechos de la demanda, pues el despido del actor no obedeció o al menos no se demostró con ocasión de una persecución sindical. En tal sentido, el Juez singular no incurrió en el error relativo a la inobservancia del precedente jurisprudencial que se le endilga.

2. De los perjuicios morales.

En cuanto a los perjuicios reclamados con ocasión de la terminación unilateral del contrato de trabajo, la jurisprudencia de nuestro Órgano Máximo de Cierre, ha sostenido que la indemnización de perjuicios generados por la desvinculación ilegal o injusta no está contemplada dentro del Código Sustantivo del Trabajo para el despido (CSJ SL, 15 sep. 2009 rad. 35510), de ahí que no prospere el pedimento del demandante, sin desconocer, que la indemnización del artículo 64 de dicho ordenamiento, contempla el lucro cesante y el daño emergente por el simple despido injusto (CSJ SL4510-2018).

En todo caso, los perjuicios deben ser ciertos y existir plena convicción de la gravedad en el detrimento que se deba reparar (CSJ SL887-2013 , SL4510-2018, SL1104-2023), carga probatoria que no ejerció el actor, ya que no acreditó una

conducta torcida del empleador que hubiere causado perjuicios adicionales y distintos a los previstos en el citado artículo 64 para el simple acto del despido injusto, ni que este se configuró ante una actuación de la demandada que tenía por objeto lesionar al trabajador o generar en menoscabo en su patrimonio moral, como lo sería la imputación injustificada y arbitraria de conductas delictivas, contrarias a la moral o la ética que afecten su honra o el buen nombre.

Además, el hijo y la ex esposa del demandante, señaló que Santiago Cruz Rueda a raíz de la desvinculación con la demandada, no volvió a ser el mismo pues no podía ejercer actividades sindicales a las que estaba acostumbrado con sus compañeros del trabajo, quienes eran del circulo social, y la ex esposa señaló que para la fecha de despido se dio su separación por problemas económicos. De igual forma la señora Martha Alejandra Wilches Pulido, manifestó que conoció al demandante desde el año 2016, por cuanto el mismo era un destacado activista sindical, que estuvo como candidato de la Junta Directiva del Sindicato, pero por motivos de despido la organización desapareció. Que el actor participó en muchas movilizaciones programadas por el sindicato para evitar la privatización de la empresa.

En síntesis, para la Sala, el Juzgador de primer grado no incurrió en error al negar condena por el pago de perjuicios morales derivados de la terminación unilateral del nexo subordinado, como quiera que no quedó en evidencia alguna conducta empresarial que originase el demandante, angustias, dolores internos y sufrimientos y que lesionan aspectos sentimentales, afectivos, y emocionales, puesto que al plenario no arrimó ninguna probanza en orden a sustentar los asertos de la demanda y **sobre todo, la forma en que ellos incidieron en esos estados de ánimo del trabajador**, en especial, todos los actos, que en su sentir representan una especie de persecución laboral, sobre todo los que afirmó en el libelo de la demanda, específicamente en el hecho décimo que los despidos de trabajadores sindicalizados se ha presentado como consecuencia de las acciones de rechazo por parte del sindicato frente a la pretendida venta y privatización de la empresa ETB S.A. E.S.P.

Por último, no desconoce esta Sala que la decisión de terminación del contrato puede generar un desanimo o descontento en el trabajador ante el cambio drástico de su cotidianidad, situación que aunque dolorosa no da paso a la indemnización pretendida, pues debe demostrarse a lo largo del proceso que la empleadora hubiere cometido acciones con el objeto de lesionar al trabajador o que

generara menoscabo de su patrimonio. A contrario sensu, tal como fuere aceptado por el actor desde los hechos de la demanda, recibió por parte de la empresa una suma por valor de $91.192.477, valor muy superior al que legalmente le correspondía.

De conformidad con lo anterior, se confirmará por su acierto la decisión de la Juez de instancia. Costas en esta instancia a cargo de la parte demandante por no haber prosperado su recurso de apelación, inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV, a favor de la demandada.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

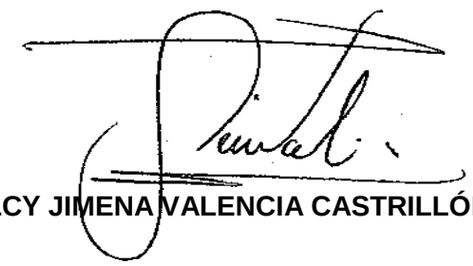
RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 3 de noviembre de 2022, proferida por el Juzgado Dieciocho (18) del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-018-2020-00477-01
DEMANDANTE:	ESPERANZA RODRÍGUEZ ROLDÁN
DEMANDADO:	ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES Y OTRO
ASUNTO:	Apelación y Consulta sentencia del 16 de mayo de 2023
JUZGADO:	Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia traslado
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación presentado por COLPENSIONES, así como el grado jurisdiccional de consulta concedido a favor de esta última entidad en lo que no fue materia de apelación frente a la sentencia del 16 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ESPERANZA RODRÍGUEZ ROLDÁN** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES** y la **AFP PROTECCIÓN S.A.** con radicado No. **11001-31-05-018-2020-00477-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

La promotora de la acción pretende se declare la nulidad del traslado del Régimen de Prima Media con prestación definida (RPM) al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad (RAIS) efectuado a través de la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A. en marzo de 1999, por engaño y error al viciar su consentimiento. Como consecuencia de lo anterior, ordenar a la AFP PROTECCIÓN S.A. retornarla junto con todos los valores que hubiere recibido, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses, con los rendimientos generados, al RPM administrado por COLPENSIONES; ordenar a COLPENSIONES recibirla en el RPM y mantenerla como afiliada sin solución de continuidad; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita*, costas y agencias en derecho.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que estuvo afiliada al ISS desde el 5 de septiembre de 1.977 hasta el 30 de noviembre de 1.997, acumulando un total de 339,43 semanas de cotización. Que para octubre de 1.997 se trasladó al RAIS a través de la AFP DAVIVIR, por cuanto el asesor de la misma le indicó que el ISS se acabaría, además, que en la nueva administradora de pensiones tendría mayores rendimientos y se podría pensionar en el momento que quisiera. Que no se le informó sobre su derecho al retracto. Que solicitó ante las demandadas la nulidad de su traslado, sin embargo, recibió respuesta negativa por parte de dichas entidades.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Mediante auto del 31 de marzo de 2023, el Juzgado de Conocimiento tuvo por no contestada la demanda por parte de la **AFP PROTECCIÓN S.A**[2].

Por su parte, la demandada **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES** se opuso a las pretensiones de la demanda, para lo cual manifestó que la afiliación se realizó con plena voluntad de la cotizante, quien por decisión propia solicitó suscribir el formulario de afiliación a dicha AFP, cumpliendo con los requisitos establecidos por la Sentencia C-1024 de 2004, y en la sentencia C-789 de 2002, basadas en el artículo 2 de Ley 797

[1] Páginas 3 a 23 Archivo 01 Expediente Digital
[2] Archivo 09 Expediente Digital.

de 2003 que modificó el literal e) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, que nos habla de la posibilidad de traslado de los aportes pensionales entre regímenes.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Aplicación del precedente establecido en la sentencia SL373 de 2021, el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, presunción de legalidad de los actos administrativos, cobro de lo no debido, buena fe y la genérica [3].

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 16 de mayo de 2023, declaró la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante al RAIS el 10 de febrero de 1.999; declaró que para todos los efectos legales que la demandante nunca se trasladó al RAIS y, en consecuencia, siempre permaneció en el RPM administrado por COLPENSIONES; condenó a PROTECCIÓN S.A. a trasladar dentro de las 48 horas siguientes a la ejecutoria de esta providencia a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales del asegurado, con todos sus frutos, intereses y con los rendimientos y demás emolumentos que se hubieren causado, sin lugar a descuento alguno o deterioros sufridos por el bien administrado, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por lo que al momento de cumplirse la orden, los conceptos deberán aparecer discriminados con sus respectivos valores con el detalle pormenorizado de los ciclos, IBC, aportes y demás información relevante que los justifiquen; ordenó a COLPENSIONES a aceptar dichos valores y tener como válida la afiliación de fecha 5 de septiembre de 1.977, por lo que deberá incluir en la bases de datos y sistemas de información la historia laboral y demás información necesaria para la obtención de su pensión a futuro en el RPM; declaró no probada la excepción de prescripción y condenó en costas a PROTECCIÓN S.A.

Como fundamentos de su decisión, el A quo señaló que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria,

[3] Páginas 4 a 25 Archivo 05 Expediente Digital

supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el Fondo Privado haya cumplido con el deber legal de informar a la demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, lo cual no emana del formulario de afiliación suscrito por la convocante; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia de la afiliación, junto con las consecuencias propias que ello acarrea.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte demandada **COLPENSIONES** recurrió el fallo y, como sustento de la alzada, argumentó que la demandante permaneció en silencio por más de 22 años respecto de la información que le fue proporcionada por la AFP PTEOCCIÓN a la data en que tuvo lugar el traslado de régimen pensional, lo que denota un abandono respecto de su situación pensional. Agregó que conforme a lo indicado por la activa en su interrogatorio de parte, esta efectuó el traslado de manera libre y voluntaria, sin sentirse coaccionada y estando de acuerdo con su decisión, aunado a que del material probatorio allegado a las diligencias, no se puede constatar la falta de asesoría considerada por el Juzgado de Conocimiento.

Dijo que la demandante faltó a su deber de diligencia y cuidado como consumidora financiera, establecido en el artículo 4º del Decreto 2241 de 2010, por lo que las responsabilidades no debieron recaer únicamente en cabeza de las demandadas. Señaló que debe considerarse lo definido por la Corte Constitucional en lo relativo al cumplimiento del principio de sostenibilidad financiera del sistema, pues el período de carencia definido por el legislador, tiene como objetivo evitar la descapitalización que se le provocaría al fondo común del RPM, que incluso, afectaría las garantías legales de los afiliados que sí cotizaron a lo largo de su vida laboral para acceder a un derecho pensional.

Concluyó advirtiendo que es necesario acreditar la existencia de un vicio como la fuerza o el dolo, o de analizar la calidad del demandante y estudiar cada caso particular, acotando que la aquí demandante no es un afiliado lego, dado que se trata de una abogada, que no carecía de la capacidad para ilustrarse y asesorarse de la mejor manera, aunado a que el traslado de régimen pensional

no afectó ninguna garantía adquirida por parte de la convocante en el RPM, al no contar con las 750 semanas equivalentes a 15 años de servicios.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por ESPERANZA RODRÍGUEZ ROLDAN al régimen de ahorro individual administrado por la AFP DAVIVIR hoy PROTECCIÓN S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del

2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el *sub lite*, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya el Despacho).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011,

SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró a la interesada, circunstancia que, atendiendo los elementos de juicio que reposan en el plenario, no acreditó PROTECCIÓN, quien, se *itera*, tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente a la demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *"afirmaciones o negaciones indefinidas",* se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ***"(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (…)"*** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que la afiliada acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que la demandante firmó la solicitud de vinculación ante **DAVIVIR** hoy **PROTECCIÓN S.A.** (página 34 archivo 04 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente a la potencial afiliada todas las características del referido régimen pensional para que esta pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formato de afiliación suscrito por la demandante no fue elaborado libremente por la AFP demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los Fondos Privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió la demandante al RAIS, no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a la AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que la llamada a juicio podía hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que le correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar, que del interrogatorio de parte absuelto por la demandante, bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por la parte demandada, pues la actora fue clara al manifestar que cuando trabajaba para la Empresa de Energía de Bogotá recibió una charla de unos asesores de la AFP, en la cual le indicaron que el ISS se iba *"a acabar"*, por manera que ante esa información tan determinante se cambió de fondo, acotando que no le señalaron los beneficios

ni las desventajas de tal determinación (Min. 16:06 a 29:35 archivo 13 del Expediente Digital).

Con todo, ante la falta de prueba sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a **COLPENSIONES** la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos e incluso los gastos de administración que cobró la AFP durante el tiempo en que estuvo vinculada la demandante, lo cual no se desdice por la condición de abogada de la demandante, porque ello por sí solo no exonera a la AFP de atender el deber de información, ni tampoco implica el conocimiento de la actora sobre las características del RAIS y del RPM; cuestión por la que habrá de confirmarse la sentencia en ese aspecto.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación de la demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

> *"(…) 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. (…)"*

Conforme con lo anterior, no encuentra la Sala desacertada la decisión del A quo de ordenar a la AFP trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración e incluso con los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y las primas de seguros previsionales de invalidez y

sobrevivientes, debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por el tiempo en que la accionante estuvo afiliada a la administradora del RAIS, pues así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021, con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente a la demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a **COLPENSIONES**, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia de la promotora de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[…] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: *«[…] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*.

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación

definida, atendiendo que la devolución de la demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración, y demás emolumentos descontados.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, construidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Costas en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 16 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Dieciocho (18) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de COLPENSIONES, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al

momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-021-2022-00401-01
DEMANDANTE:	ALBERTO RAMÍREZ BOCANEGRA
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS.
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 13 de junio de 2023.
JUZGADO:	Juzgado Veintiuno Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de julio dos mil veintitrés (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de esa misma entidad, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 13 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **ALBERTO RAMÍREZ BOCANEGRA** contra **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS COLFONDOS S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-021-2022-00401-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

El promotor de la acción pretende se declare la ineficacia de traslado realizado del RPM administrado por el otrora ISS hoy COLPENSIONES, al RAIS administrado por COLFONDO S.A. como consecuencia de ello, se declare válida y vigente la afiliación realizada al RPM; se condene a COLFONDOS S.A. a trasladar la totalidad del capital de la cuenta individual a COLPENSIONES; se ordene a COLPENSIONES a recibir todos los aportes de la seguridad social que le sean trasladados por parte de COLFONDOS S.A. con sus rendimientos correspondientes, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 25 de junio de 1960, que se afilió al extinto ISS hoy COLPENSIONES desde el 7 de abril de 1988 hasta el 30 de noviembre de 1998, data que suscribió solicitud de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, traslado que se hizo efectivo a partir del 1° de enero de 1999. Adujo, que COLFONDOS S.A. no le suministró una propuesta debidamente expuesta y explicada a afectos de realizar la afiliación al traslado del régimen, ni tampoco ni le suministro información clara, veraz y completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, específicamente sobre el monto y cálculo de la mesada con la cual se iría a pensionar, la información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como tampoco los riesgos y consecuencias del traslado. Que el 27 de julio de 2022, elevo derecho de petición ante COLPENSIONES, para solicitar la ineficacia de traslado del RPM al RAIS, con respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

COLFONDOS S.A.[2]

La administradora de fondos de pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que si brindo al demandante una asesoría de manera integral y completa respecto de todas las implicaciones de su decisión de trasladarse de régimen y entre administradoras de pensiones, en la que se le asesoró acerca de las características de dicho Régimen, el funcionamiento del mismo, las diferencias entre el RAIS y el RPM, las ventajas y desventajas y el

[1] Fs. 2 - 8 Archivo 004 Expediente Digital
[2] Fs. 2-29 Archivo 007 Expediente Digital

derecho de rentabilidad que producen los aportes en dicho régimen. Frente a los hechos acepto los relativos a la fecha de nacimiento, vinculación al RPM y posterior traslado al RAIS a través de COLFONDOS S.A.

Propone como excepciones de fondo: inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, 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.

COLPENSIONES[3]

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o la configuración de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del actor, al contrario se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, aunado que el demandante se encuentra dentro de la prohibición del literal e) del artículo 13 de la ley 100 de 1993 el cual reza, “Después de un (1) año de la vigencia de la presente ley, el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando le faltaren diez (10) años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez”.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: 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 e instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica.

[3] Fs. 2-40 Archivo 012 Expediente Digital

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 13 de junio de 2023, declaró la ineficacia de traslado del demandante a COLFONDOS S.A., efectuada el 30 de noviembre de 1998, con fecha de efectividad el 1° de enero de 1999, en consecuencia, declaró valida la afiliación del RPM administrado por Colpensiones, condenó a COLFONDOS S.A. hacer entrega a COLPENSIONES de cotizaciones, frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del C.C., esto es, con los rendimientos que se hubieren causados y así mismo que al realizar la devolución debe incluir los gastos de administración y primas de los seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia con cargo a sus propias utilidades, y los porcentajes destinados a la garantía de pensión mínima, que le hubiera realizado debidamente indexados con los documentos correspondientes; condenó a COLPENSIONES activar la afiliación del demandante en el régimen de prima media con prestación definida y actualizar su historia laboral, condenó en costas a las demandadas.

Como fundamentos de su decisión, la *A quo* señaló que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el sub examine, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado haya cumplido con el deber legal de informar a la parte demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, pues el formulario de afiliación es insuficiente para acreditar ese hecho; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia del traslado, junto con las consecuencias propias que ello acarrea de acuerdo a la jurisprudencia actual.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada en contra de la totalidad de la sentencia, indicó que el traslado que realizó el demandante fue en ejercicio del derecho de libre escogencia, conforme a derecho de acuerdo a las normas vigentes para la época, por lo que no debía realizar proyecciones ni suministrar otra información, que no eran exigibles y solo se requería de la suscripción del formulario de afiliación. Manifiesta que, si bien en el proceso no se exigió una prueba documental, lo cierto es que los fondos no cuentan con la información de los asesores de la época, por lo que debía entenderse cumplida con

la firma del formulario de afiliación. Por último, que la decisión de trasladarse al RPM luego de 24 años afiliado al RAIS afecta el principio de sostenibilidad financiera, siendo un tercero afectado que no debe condenarse a costas.

La demandada **COLFONDOS S.A.,** formuló recurso de apelación, aduciendo para el efecto, que el traslado se efectuó de manera libre y voluntaria conforme a lo requerido por la normatividad vigente para la época y que en consecuencia se entregaron al demandante elementos objetivos para efectuar el traslado, sin que hiciera una doble asesoría para el momento, por lo que el traslado tenía plena validez; razón por la que solicita se revoque la decisión. Además, manifiesta que conforme lo manifestó el actor al absolver el interrogatorio de parte la orden de traslado lo dio el empleador no interviniendo la AFP. En relación con los gastos de administración y aportes a seguros previsionales, indicó que no procede su devolución pues se desbordan los efectos de la ineficacia, atendiendo que los mismos no están destinados a financiar su pensión de vejez, y los aportes en seguros previsionales fueron traslados a otras entidades y no se encuentran en su poder.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por ALBERTO RAMÍREZ BOCANEGRA al régimen de ahorro individual administrado por la AFP

COLFONDOS S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva. De igual forma, si es procedente la condena en costas gravada a Colpensiones.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de**

consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica. (Subraya la Sala).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo lo elementos de juicio que reposan el plenario, no acreditó **COLFONDOS S.A.**, quien tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *"afirmaciones o negaciones indefinidas",* se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ***"(…) garantiza el respeto de los***

derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (…)" (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **COLFONDOS S.A.** el 30 de noviembre de 1998 (página 22 archivo 09 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto el formulario de afiliación suscrito por la empleadora donde no se advierte el consentimiento dado por la actora, no fue elaborado libremente por la AFP del RAIS demandada, sino que correspondía a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que la entidad cumpliera con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió al demandante **COLFONDOS S.A.**., no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a ninguna AFP demandada acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de cualquiera de los

medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar que no le asiste razón a COLFONDOS S.A. en sus argumentos, pues contrario a su dicho, del interrogatorio de parte absuelto por el demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues el demandante fue claro en señalar que para la época de traslado laboraba en una empresa comercializadora de frutas, que el gerente dio la directriz que todos sus trabajadores debían trasladarse a COLFONDOS S.A., siendo diligenciados todos los formularios de afiliación por la secretaria de la empresa, sin recibir ningún tipo de asesoría por parte de COLFONDOS S.A. (Min. 14:20-17:07 archivo de audio y video 019 ED).

Con todo, ante la falta de prueba de consentimiento informado y sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó la actora y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos, los gastos de administración que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculado el demandante, incluyendo el porcentaje destinado al seguro previsional y al fondo de garantía de pensión mínima.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

> *"(…) 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. (…)"

Conforme con lo anterior, fue acertada la decisión de la A quo de ordenar COLFONDOS S.A. trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual de la actora junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y, además, que todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por la AFP debían ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que la accionante estuvo afiliado en el RAIS. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se confirmará la sentencia en ese sentido.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a COLPENSIONES, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[…] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que "En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 may. 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo

que: *«[…] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*.

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la actora.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, construidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Finalmente, frente a los argumentos de COLPENSIONES relativos a que sea absuelta de la condena en costas de primera instancia, considera la Sala que no le asiste razón a la recurrente, pues al revisar el actuar de esa la AFP del RPM durante el curso del litigio, se advierte que la misma presentó oposición a las pretensiones al momento de dar contestación a la demanda, presentó excepciones de mérito para desestimar las pretensiones de la parte actora, posición que reiteró al formular el recurso de apelación. En esos términos, resulta improcedente absolver a COLPENSIONES de la condena en costas de primera instancia.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será

confirmada. Se condena en costas en esta instancia, por cuanto no prosperó el recurso interpuesto, las cuales serán a cargo de COLFONDOS S.A. y COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho 1 SMMLV para cada una.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 13 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Veintiuno (21) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES y COLFONDOS S.A.,** inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV para cada una al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-022-2020-00462-01
DEMANDANTE:	LUIS CARLOS CORREA QUINTERO.
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTROS.
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 22 de junio de 2023.
JUZGADO:	Juzgado Veintidós Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de julio dos mil veintitrés (2022), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver los recursos de apelación interpuestos por PORVENIR S.A. y COLPENSIONES y el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor de esa misma entidad, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 22 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **LUIS CARLOS CORREA QUINTERO** contra el **FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-022-2020-00462-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

El promotor de la acción pretende se declare la ineficacia de traslado realizado del RPM administrado por el otrora ISS hoy COLPENSIONES, al RAIS administrado por PORVENIR S.A. como consecuencia de ello, se declare válida y vigente la afiliación realizada al RPM; se condene a PORVENIR S.A. a trasladar la totalidad del capital de la cuenta individual a COLPENSIONES junto con los rendimientos financieros, bono pensional, aportes destinados al Fondo de Garantía de pensión mínima, se ordene a COLPENSIONES a recibir todos los aportes de la seguridad social que le sean trasladados por parte de COLFONDOS S.A. con sus rendimientos correspondientes, que se falle extra y ultra petita, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 8 de marzo de 1959, que se afilió al extinto ISS hoy COLPENSIONES desde el 1° de abril de 1979 hasta el 29 de julio de 1994, data última que suscribió solicitud de afiliación al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, que PORVENIR S.A. no le suministró una propuesta debidamente expuesta y explicada a afectos de realizar la afiliación al traslado del régimen, ni tampoco le suministro información clara, veraz y completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, específicamente sobre el monto y cálculo de la mesada con la cual se iría a pensionar, la información acerca de las características, condiciones, acceso, ventajas y desventajas de cada uno de los regímenes pensionales, así como tampoco los riesgos y consecuencias del traslado. Que el 6 de mayo de 2020, elevo derecho de petición ante COLPENSIONES, para solicitar la ineficacia de traslado del RPM al RAIS, con respuesta negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PORVENIR S.A.[2]

La administradora de fondos de pensiones se opuso a todas las pretensiones de la demanda y argumentó que la decisión de traslado fue libre, voluntaria e informada, después de haber sido ampliamente asesorado sobre las implicaciones de su decisión, sobre el funcionamiento del RAIS y de indicarle sus condiciones pensionales tal como se advierte del formulario de afiliación suscrito por el actor.

[1] Fs. 2 - 24 Archivo 004 Expediente Digital
[2] Fs. 2-40 Archivo 008 Expediente Digital

Aunado, que no existieron vicios en el consentimiento, tampoco se evidenció causa y objeto ilícito de conformidad con el artículo 1508 del Código Civil.

Propone como excepciones de fondo: prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación, y genérica.

COLPENSIONES[3]

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que no obra prueba alguna de que efectivamente al demandante se le hubiese hecho incurrido en error (falta al deber de información) por parte de la AFP, o la configuración de algún vicio del consentimiento (error, fuerza o dolo), así mismo no se evidencia dentro de las solicitudes nota de protesta o anotación alguna que permita inferir con probabilidad de certeza que hubo una inconformidad por parte del actor, al contrario se observa que las documentales se encuentra sujetas a derecho, y que se hizo de manera libre y voluntaria, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, a contrario sensu se hizo de manera libre y voluntario, sin dejar observaciones sobre constreñimientos o presiones indebidas, ni tampoco cumple con los requisitos de la sentencia SU-062 de 2010, para poder trasladarse de régimen en cualquier tiempo.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: 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, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas e instituciones administradoras de seguridad social del orden público y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 22 de junio de 2023, declaró la ineficacia de traslado del demandante a PORVENIR S.A., efectuada el 29 de julio de 1994, en consecuencia, ordenó a la AFP privada el traslado a Colpensiones del saldo existente en la cuenta de ahorro individual del actor con sus correspondientes rendimientos, bonos pensionales, el

[3] Fs. 2-39 Archivo 010 Expediente Digital

porcentaje destinado al Fondo de Garantía de Pensión Mínima, devolución de gastos de administración y aportes a seguros previsionales debidamente indexados, condenó a Colpensiones a recibir los dineros proveniente de Porvenir S.A. y a efectuar los ajustes en la historia pensional del demandante y condenó en costas a las demandadas.

Como fundamentos de su decisión, la *A quo* señaló que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada y necesaria para la decisión de traslado se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el sub examine, pues del elenco probatorio incorporado al informativo, no se verificó que el fondo privado haya cumplido con el deber legal de informar a la parte demandante las circunstancias particulares de su decisión en las condiciones de profesionalismo que imprime la norma y la jurisprudencia, pues el formulario de afiliación es insuficiente para acreditar ese hecho; aspecto éste, que abre paso a la declaratoria de la ineficacia del traslado, junto con las consecuencias propias que ello acarrea de acuerdo a la jurisprudencia actual.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES**, interpuso recurso de alzada en contra de la totalidad de la sentencia, indicó que el traslado que realizó el demandante fue en ejercicio del derecho de libre escogencia, conforme a derecho de acuerdo a las normas vigentes para la época, por lo que no debía realizar proyecciones ni suministrar otra información, que no eran exigibles y solo se requería de la suscripción del formulario de afiliación. Manifiesta que, la declaratoria de ineficacia repercute el principio de sostenibilidad financiera pues en el instante que no alcance el dinero en la cuenta de ahorro individual deberá asumir del fondo común la financiación de la mesada pensional del actor. Por último, no esta de acuerdo con la condena en costas en primera instancia, aduciendo que se trata de un tercero que no participó en el acto de afiliación del demandante al RAIS.

La demandada **PORVENIR S.A.,** formuló recurso de apelación de forma parcial, frente a la orden impartida de devolución de los gastos de administración, aportes a seguros previsionales y al Fondo de Garantía de pensión mínima, indicó que no procede su devolución pues se desbordan los efectos de la ineficacia, atendiendo que los mismos no están destinados a financiar su pensión de vejez, y conllevaría a un enriquecimiento sin justa causa para Colpensiones, pues se tratan

de rendimientos financieros por la buena gestión de la cuenta de ahorro individual del afiliado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por LUIS CARLOS CORREA QUINTERO al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva. De igual forma, si es procedente la condena en costas gravada a Colpensiones.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya la Sala).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Así pues, le corresponde al Fondo de Pensiones, quien asesoró sobre el traslado, la carga de la prueba de acreditar que explicó las condiciones del traslado en los términos antes referidos, pues, conforme lo expresado, es el que conserva los documentos y la información en general que le suministró al interesado, circunstancia que, atendiendo lo elementos de juicio que reposan el plenario, no acreditó **PORVENIR S.A.**, quien tenía la carga de la prueba de demostrar el cumplimiento de la obligación de asesoría frente al demandante.

En relación con este aspecto, es menester recordar que la Jurisprudencia también ha adoctrinado que en casos como el estudiado, conforme lo estipulado en el artículo 167 CGP, ante la existencia de *"afirmaciones o negaciones indefinidas",* se da la inversión de la carga de la prueba, debiendo acreditar la contraparte el hecho definido, siendo entonces deber de la AFP, demostrar la diligencia en el acatamiento del deber de información con el afiliado, presupuesto que, en palabras de la Sala de Casación Laboral de la CSJ ***"(…) garantiza el respeto de los derechos fundamentales y el equilibrio de las partes, del artículo 48 del CPTSS, en tanto hace posible la verificación de los hechos que, para quien los alega, es imposible acreditar (…)"*** (Sentencia SL2817-2019).

Bajo tal panorama, no puede pretenderse que el afiliado acredite tales aspectos, puesto que, las normas que rigen a los Fondos Privados imponen el deber de información desde su misma creación, razón suficiente para que estos precisen las pruebas que constaten la información brindada.

Así mismo, considera la Sala que a pesar de que el demandante firmó la solicitud de vinculación ante **PORVENIR S.A.** el 29 de julio de 1994 (página 89 archivo 09 ED), **única prueba acercada en relación con el acto de la afiliación al RAIS**, no se puede deducir que hubo un consentimiento libre, voluntario e informado cuando las personas desconocen sobre las consecuencias que pueden ocurrir frente a sus derechos pensionales a la hora de efectuar el traslado, teniendo en cuenta que era deber de las Administradoras poner de presente al potencial

afiliado todas las características del referido régimen pensional para que este pueda desarrollar su proyecto y expectativa pensional, en donde se informe cuáles son los factores que inciden en el establecimiento del monto de la pensión en el Régimen al cual se va a trasladar, la diferencia de pagos de aportes y, como se ha reiterado, las posibles implicaciones o favorabilidades, permitiendo para el Juzgador, identificar que el traslado se efectuó con total transparencia.

Ahora, si bien es cierto los formatos de afiliación suscritos por el demandante no fueron elaborados libremente por las AFP del RAIS demandadas, sino que correspondían a unas características preestablecidas por la Superintendencia Bancaria hoy Superintendencia Financiera, ello no era óbice para que las entidades cumplieran con su deber de correcta asesoría, que se reitera, existía desde la creación misma de los fondos privados, el cual debe atenderse respecto de todos sus afiliados, independientemente de su formación profesional. Vale resaltar igualmente que, si bien para la época en que se afilió el actor a **PORVENIR S.A.** no existía la obligación para estas entidades de dejar constancia escrita o registro documental de las asesorías que brindaban a sus potenciales afiliados o a los ya afiliados, lo cierto es que dentro del proceso no se le exigió a las AFP demandadas acreditar documentalmente el cumplimiento de sus obligaciones, pues recordemos que en materia laboral no existe tarifa legal de prueba, por lo que las llamadas a juicio podían hacer uso de cualquiera de los medios de prueba avalados por la ley para cumplir con la carga probatoria que les correspondía.

Adicionalmente, vale resaltar que no le asiste razón a **PORVENIR S.A**. en sus argumentos, pues contrario a su dicho, del interrogatorio de parte absuelto por el demandante bajo ninguna óptica se puede colegir que se demostró el deber de información, asesoría y buen consejo por parte de la demandada, pues el demandante fue claro en señalar que para la época de traslado fue abordado por un asesor quien le manifestó que el ISS iba a desaparecer junto con el Régimen de prima media, que diligencio el formulario de manera voluntaria al referir el asesor que en el RAIS tendría una mejor mesada dependiendo de los aportes pero que ante la inminente desaparición del ISS era más beneficioso PORVENIR S.A. Resaltó que no tenia conocimiento las consecuencias jurídicas de trasladarse del RPM al RAIS, y nunca tuvo la oportunidad de sopesar cual régimen era más beneficioso atendiendo que venía cotizando en el RPM con anterioridad a la Ley 100 de 1993. (Min. 10:20-20:07 archivo de audio y video 017 ED).

Con todo, ante la falta de prueba de consentimiento informado y sobre la asesoría detallada en relación con las incidencias aparejadas con la decisión del traslado, resulta acertada la decisión de primer grado atinente a declarar la ineficacia del traslado de régimen pensional que efectuó el actor y la orden de remitir a COLPENSIONES la totalidad de los recursos depositados en la cuenta de ahorro individual de la afiliada, incluidos los rendimientos, los gastos de administración que cobró la AFP del RAIS durante el tiempo en que estuvo vinculado el demandante, incluyendo el porcentaje destinado al seguro previsional y al fondo de garantía de pensión mínima.

Frente a la procedencia de la devolución de los gastos de administración, basta señalar que al declararse la ineficacia del traslado al RAIS, la afiliación del demandante se retrotrae al estado en que se encontraba antes de que este se diera, como si su vinculación al RAIS nunca se hubiera producido, acarreando entre sus consecuencias, la devolución de tales emolumentos. Este tópico ha sido tratado por la Jurisprudencia, precisamente en Sentencias como sentencias SL17595-2017, SL4989-2018, y en sentencia del 8 de septiembre de 2008, Rad. 31.989, en la que indicó:

> *"(…) 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. (…)"*

Conforme con lo anterior, fue acertada la decisión de la A quo de ordenar PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES los saldos obrantes en la cuenta individual del actor junto con sus rendimientos financieros, los gastos de administración, las primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivientes y los aportes con destino al fondo de garantía de pensión mínima y, además, que todos los valores a devolver por concepto de sumas descontadas por la AFP debían ser trasladados debidamente indexados y con cargo a sus propios recursos, por todo el tiempo en que el accionante estuvo afiliado en el RAIS. Así lo ha decantado la jurisprudencia patria, a cita de ejemplo véase la sentencia del 25 de agosto de 2021 SL3871-2021 con Ponencia de la Magistrada CLARA CECILIA DUEÑAS QUEVEDO, razón por la cual se confirmará la sentencia en ese sentido.

Ahora bien, debe indicarse que la orden de recibir nuevamente al demandante no afecta patrimonialmente ni le causa desequilibrio financiero a COLPENSIONES, pues el regreso ordenado como consecuencia de la ineficacia declarada va acompañado de los aportes y rendimientos, además de los gastos de administración y comisiones generados durante la permanencia del promotor de la acción en el RAIS, es decir, el capital no se ve desmejorado.

Aunado a lo anterior, el AL 01 de 2005, que modificó el artículo 48 de la CP, se ocupó, entre otros aspectos, de la sostenibilidad financiera del SGSSP, dando prevalencia al interés general, en tal sentido se pronunció la Corte Constitucional en sentencia CC 242-2005 indicando que, *«[…] las reformas a los regímenes pensionales, en particular, garantizan la sostenibilidad financiera del sistema pensional y la financiabilidad de otros potenciales pensionados. Estas finalidades constitucionalmente relevantes obligan a la ponderación entre sacrificios individuales y beneficios al sistema»*.

En ese mismo orden, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 30 de junio de 2020 radicado 72467 fungiendo como Magistrado Ponente OMAR DE JESÚS RESTREPO OCHOA, indicando que “En ese mismo orden, la sala en la sentencia CSJ SL 41695, 2 mayo 2012, direccionó que la orden establecida en el Acto Legislativo 01 de 2005, de que las leyes pensionales que se expidan con posterioridad a la entrada en vigencia del acto legislativo, se entienden en el sentido de garantizar el equilibrio económico. Dijo que: *«[…] más que un principio, es una regla constitucional que impone al legislativo la obligación de que, cuando expida leyes que instauren o modifiquen sistemas de pensiones, sus disposiciones no atenten contra la sostenibilidad financiera de tales sistemas»*.

Dilucido lo anterior, no encuentra la Sala que la declaratoria de ineficacia de traslado afecte el principio de sostenibilidad financiera y repercuta en el interés general de los afiliados del régimen de prima media con prestación definida, atendiendo que la devolución del demandante al referido régimen es efectuada con todos los recursos acumulados de la cuenta, los valores que cobró la AFP del RAIS a título de gastos de administración y demás emolumentos descontados del aporte efectuado por la parte actora.

En lo atinente a la prescripción, esta no tiene asidero en el caso particular, como quiera que el retorno al régimen de prima media con las implicaciones económicas descritas, son prerrogativas no susceptibles de verse afectados por dicha figura, ya que, al tratarse de una condición íntimamente relacionada con el derecho pensional, es imprescriptible, al tenor de lo establecido en el artículo 48 superior (SL4360-2019 del 09 de octubre de 2019).

Además de lo expuesto, considera la Sala que el análisis de la prescripción no puede realizarse de forma aislada y desconectada de los derechos que se pretenden reivindicar a través de su reconocimiento. Vía prescripción no puede eliminarse un derecho pensional; y de ninguna manera ese tipo de argumentos, construidos a ciegas de los preceptos constitucionales, pueden conducir a negar el carácter fundamental, inalienable e irrenunciable del derecho a la pensión (CSJ SL1421-2019).

Finalmente, frente a los argumentos de COLPENSIONES relativos a que sea absuelta de la condena en costas de primera instancia, considera la Sala que no le asiste razón a la recurrente, pues al revisar el actuar de esa la AFP del RPM durante el curso del litigio, se advierte que la misma presentó oposición a las pretensiones al momento de dar contestación a la demanda, presentó excepciones de mérito para desestimar las pretensiones de la parte actora, posición que reiteró al formular el recurso de apelación. En esos términos, resulta improcedente absolver a COLPENSIONES de la condena en costas de primera instancia. En consecuencia, se confirma la decisión en ese punto.

Conforme las consideraciones hasta aquí expuestas, la sentencia será confirmada. Se condena en costas en esta instancia, por cuanto no prosperó el recurso interpuesto, las cuales serán a cargo de PORVENIR S.A. y COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho 1 SMMLV para cada una.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 22 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Veintidós (22) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de **COLPENSIONES y PORVENIR S.A.,** inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV para cada una al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-023-2022-00264-01
DEMANDANTE:	OLGA MARINA JAUREGUI CARRERO
DEMANDADO:	COLPENSIONES Y OTRO.
ASUNTO:	Apelación Sentencia del 5 de junio de 2023.
JUZGADO:	Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de julio dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la DEMANDANTE contra la sentencia del 5 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **OLGA MARINA JAUREGUI CARRERO** contra **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A.** y la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-023-2022-00264-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

La promotora de la acción pretende se declare la nulidad de la afiliación que realizó a la AFP Protección el 2 de junio de 2003, por vicio en el consentimiento y

[1] Páginas 1 a 8 Archivo 02 Expediente Digital

falta de información, al igual que para todos los efectos legales siempre permaneció en el RPM; como consecuencia de ello, se ordene a Protección trasladar la totalidad de los dineros obrantes en su cuenta de ahorro individual con destino a Colpensiones; ordenar a esta última entidad aceptar el traslado de los dineros consignados en su cuenta de ahorro individual por concepto de aportes a pensión, e igualmente, recibirla sin solución de continuidad como afiliada al Sistema de Seguridad Social en el RPM; se condene a lo que resulte probado *ultra y extra petita* y costas del proceso.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que nació el 30 de marzo de 1964. Que fue afiliada a la AFP Protección S.A. el 2 de junio de 2003. Que la demandada en mención no realizó ninguna asesoría pensional al momento de afiliarla y tampoco le informaron sobre el año de gracia otorgado por la Ley 797 de 2003, para quienes quisieran trasladarse de régimen pensional. Que la administradora de fondos de pensiones del RAIS, omitió el deber del buen consejo, al no referirle la existencia de la prohibición de traslado entre regímenes pensionales, cuando le faltare menos de 10 años para cumplir la edad de pensión en el RPM, omitiendo su deber como previsora del Sistema de Seguridad Social. Que la AFP solo se enfocó en informarle sobre las ventajas del RAIS y se fundamentó en premisas que no eran correctas ni ajustadas a la realidad. Que solicitó ante las demandadas la nulidad de su afiliación a Protección y su traslado a Colpensiones, sin embargo, ello le fue negado por ambas entidades.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

PROTECCIÓN S.A.[2]

La administradora de fondos de pensiones se opuso a las pretensiones de la demanda formuladas en su contra, para lo cual manifestó que nos encontramos frente a un acto existente, válido, exento de vicios del consentimiento y de cualquier fuerza para realizarlo, lo cual emana del formulario de vinculación que suscribió la señora la demandante, en forma libre y espontánea, solemnizándose de esta forma su afiliación, acto éste que tiene la naturaleza de un verdadero contrato entre la demandante y Protección S.A., por virtud del cual se generaron derechos y obligaciones en cabeza tanto del Fondo como de la afiliada.

[2] Páginas 1 a 24 Archivo 27 Expediente Digital

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Inexistencia de la obligación y falta de causa para pedir, buena fe, prescripción, aprovechamiento indebido de los recursos públicos del Sistema General de Pensiones, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarara la nulidad y/o ineficacia de la afiliación por falta de causa y la genérica.

COLPENSIONES[3]

La demandada COLPENSIONES se opuso a la totalidad de las pretensiones y como argumentos de defensa, manifestó que la demandante se trasladó al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad de manera libre y voluntaria ejerciendo su derecho a la libre escogencia de régimen. Agregó que si la actora decidió que su mesada pensional estuviera regida por las características propias de dicho régimen, se debió a la información a ella brindada por parte de los asesores de la AFP que efectuó el traslado, más aún cuando de los fundamentos fácticos y jurídicos, como de la documental allegada dentro del acervo probatorio no obra ninguna prueba tendiente a demostrar que se presentó algún vicio en el consentimiento al momento de su afiliación que llegue a invalidar la misma.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: Falta de legitimación en la causa por pasiva, la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad *sui generis* de las entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, el error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del Sistema (Acto Legislativo 01 de 2005, que adicionó el artículo 48 de la Constitución Política), cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y genérica.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 5 de junio de 2023 absolvió a las demandadas de todas y cada una de las pretensiones formuladas por la demandante y condenó en costas a la activa.

[3] Páginas 2 a 21 Archivo 24 del Expediente Digital

Como fundamentos de su decisión, el *A quo* señaló que en el caso objeto de estudio no es aplicable la jurisprudencia de la CSJ relativa a la ineficacia de traslado, toda vez que la actora para el año 2003 realizó su afiliación inicial al Sistema General de Pensiones a través de la AFP Protección, acotando que aun cuando las administradoras de fondos de pensiones deben suministrar al afiliado una información suficiente y transparente, dicha obligación se encuentra limitada en tratándose de la vinculación inicial, la cual es diferente al traslado de régimen pensional, pues en este último caso el criterio de la Alta Corporación propende por la protección de las personas que están afiliadas al RPM y pueden de manera voluntaria y seria, elegir cualquiera de los regímenes que más les convenga, existiendo un clara obligación de informar sobre las implicaciones que el cambio conlleva, lo cual no sucede con la situación en que el afiliado se ha vinculado inicialmente al RAIS.

Añadió que la decisión de ineficacia en el *sub judice* se tornaría inocua, toda vez que, la misma implicaría dejar las cosas en el estado en que se encontraban al momento en que se celebró el acto ineficaz, quedando la demandante desprotegida por el Sistema General de Pensiones, en tanto no contaba con una afiliación previa al RPM, contraviniendo tal situación el derecho a la irrenunciabilidad del derecho a pensionarse, a más que no puede imponerse a Colpensiones la obligación de recibir a un afiliado que jamás estuvo vinculado a la entidad, resaltando que dicha tesis encuentra respaldo en la sentencia STL36342-2021 de la CSJ.

Concluyó que en los casos como el analizado, el interesado podría reclamar una indemnización de perjuicios, sin embargo, ello no fue peticionado dentro del proceso, siendo improcedente impartir condena a dicho título.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE** formuló recurso de apelación contra la anterior decisión, aduciendo como sustento que el deber de la información que se erige como presupuesto de eficacia del acto jurídico, por manera que de no acreditarse el cumplimiento de la obligación de ilustración suficiente por parte de los fondos de pensiones privados, lo procedente es la declaratoria de ineficacia del mismo y el traslado de régimen, cualquiera que sea el caso, ya se trate de afiliación inicial o de traslado, es decir, que se debe entender que tal acto no produce efecto de ninguna naturaleza de cara al sistema pensional, pues conforme al precedente jurisprudencial ese deber también debe cumplirse en caso de afiliación inicial.

Señaló que la afiliación al sistema de pensiones es única, por manera que las vinculaciones posteriores solo son traslados, acotando que la ineficacia es una sola cuando el afiliado entra a formar parte del sistema pensional; sumó a ello que, la sentencia citada por el Juzgado de Conocimiento se encuentra sustentada en una clara contradicción, porque no se puede aceptar que la falta de información en la vinculación inicial del régimen de pensiones no constituya un atentado contra la decisión de libre elección del afiliado, en los términos del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, pues el deber de asesoría se erige como un derecho de cada afiliado para escoger de manera libre el régimen al que desea pertenecer, y en caso contrario, al no suministrarle la información, se atenta contra la libertad de elección que tiene el usuario.

En ese orden, manifestó que se equivoca el precedente citado cuando señalada que no se puede declarar la ineficacia de la afiliación inicial, porque pese a que es un evento diferente al traslado, no puede este constituirse como la única situación en que es procedente esa ineficacia, en desconocimiento del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, cuya redacción es bastante amplia, al propender por proteger la libertad de elección del afiliado, misma que al ser desconocida afecta la validez del acto jurídico. Resaltó que dicha norma no hace mención de la ineficacia del traslado, sino que hace referencia expresa a la ineficacia de la afiliación, precisando que la consecuencia de ello, corresponde a que el afiliado queda en la posibilidad de efectuar nuevamente su afiliación de manera libre y espontánea.

Manifestó que teniendo en cuenta el amplio alcance del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, es procedente dar aplicación al mismo en el presente caso, pues cobija diferentes supuestos de ineficacia, sustentada en la vulneración del derecho a la libertad de elección, ya sea por el empleador o por la administradora de fondos de pensiones privada, acotando que este último evento ocurre cuando la entidad desconoce el deber de información, mismo que también se encuentra previsto en el Decreto 636 de 1994.

Concluyó indicando que Protección debió cumplir con esa obligación de indicarle a la afiliada cuáles eran las opciones del mercado y cómo funciona cada uno de los regímenes pensionales, pues de esa manera podía ejercer su derecho de escogencia libre, sin embargo, ello no se cumplió en el *sub judice*, porque como quedó establecido por el Despacho, no se aportó ninguna prueba tendiente a demostrar que se asesoró debidamente a la demandante, siendo procedente

acceder a las pretensiones de la demanda, en las cuales la actora ya expresó su intención de vincularse al RPM administrado por Colpensiones.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio*, la contestación y sus excepciones, las manifestaciones esbozadas por el Juzgador de primera instancia y conforme a los reparos de la azada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite*, el determinar si se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada por OLGA MARINA JAUREGUI CARRERO, al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PROTECCIÓN S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

En aras de resolver la *Litis* planteada, debe indicarse en primer lugar, que se encuentra demostrado que la demandante efectuó su vinculación inicial al Sistema General de Pensiones al RAIS, el 1º de junio de 2003, a través de la AFP Protección, como da cuenta el formulario de afiliación visible a página 26 Archivo 02 del expediente digital, lo cual se acepta por parte de la encartada en la comunicación que esta emitió el 21 de julio de 2021, obrante en las páginas 18 a 27 Archivo 02 del ED.

En claro lo anterior, debe indicar el Colegiado que la decisión asumida por el Juzgado de Conocimiento de negar la ineficacia de la afiliación de la actora al RAIS debe ser respaldada, en la medida que cuando esta decidió suscribir el formulario de afiliación a la AFP Protección no tuvo lugar el acto jurídico de traslado, en tanto tal vinculación representó su afiliación inicial al Sistema General de Pensiones, la

cual si bien debe estar precedida de la información debida, lo cierto es que la misma está llamada a producir efectos, aun cuando sea omitida esa obligación legal, por las razones que pasan a exponerse a continuación.

Las sociedades administradoras de fondos de pensiones tienen el deber de entregar la información suficiente, transparente cierta y oportuna que permita al afiliado elegir entre las distintas opciones posibles, aquella que mejor se ajuste a sus intereses, garantizando una afiliación libre y voluntaria, precedida por el respeto a las personas e inspirada en los principios de prevalencia del interés general, transparente y de buena fe de quien presta un servicio público, lo cual no solo debe ser cumplido en tratándose del acto jurídico de traslado, sino también de la afiliación inicial al Sistema General de Pensiones.

Lo anterior, encuentra soporte en el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 -que consagra las características del Sistema General de Pensiones-, al señalar que la selección de uno cualquiera de los regímenes previstos en dicha norma, es libre y voluntaria por parte del afiliado, precisando además, que el empleador o cualquier persona natural o jurídica que desconozca ese derecho en cualquier forma, se hará acreedor a las sanciones de que trata el inciso 1º del artículo 271 de la nueva ley de seguridad social.

Esta última norma, indica que el empleador, y en general cualquier persona natural o jurídica que impida o atente en cualquier forma contra el derecho del trabajador a su afiliación y selección de organismos e instituciones del Sistema de Seguridad Social Integral, se hará acreedor, en cada caso y por cada afiliado, a una multa impuesta por las autoridades; además, la afiliación respectiva quedará sin efecto y podrá realizarse nuevamente en forma libre y espontánea por parte del trabajador.

En ese orden, si bien la CSJ ha adoctrinado sobre casos en los que se discuten los efectos de un traslado de régimen pensional, que la expresión libre y voluntaria del artículo 13 de la Ley 100 de 1993, supone un conocimiento previo de las consecuencias de ese acto jurídico, lo cierto es que ello no sólo debe circunscribirse al mentado traslado, sino también al acto de afiliación inicial, porque el mismo implica una selección de régimen, solo que en este evento se realiza por primera vez; la cual como lo consagra la norma en mención, debe estar precedida del conocimiento del afiliado de la incidencia de su decisión sobre sus derechos prestacionales, indistintamente de su condición o de su formación profesional, dado

que la ley no hace distinción al respecto, no siendo entonces competencia del intérprete hacer diferenciación alguna.

A lo anterior se suma que, el Decreto 663 de 1993, «*Estatuto Orgánico del Sistema Financiero»*, aplicable a las AFP desde su creación, estableció en el numeral 1º del artículo 97, la obligación de las entidades de *«suministrar a los usuarios de los servicios que prestan la información necesaria para lograr la mayor transparencia en las operaciones que realicen, de suerte que les permita, a través de elementos de juicio claros y objetivos, escoger las mejores opciones del mercado»*, por tanto, ese deber de información debe cumplirse también, cuando el usuario al afiliarse por primera vez al sistema, elige el RAIS.

En ese orden, resulta también aplicable la teoría de la carga de la prueba sobre el cumplimiento de ese deber de información, el cual recae en las AFP, en primer lugar, porque la omisión en torno al mismo tiene la connotación de una negación indefinida, exenta de prueba, de conformidad con lo preceptuado en el art. 167 del C.G. del P. y, en segundo lugar, porque la custodia de la documentación, así como la obligación legal de brindar información se encuentra en cabeza del fondo, conforme a lo dispuesto desde el Decreto 663 de 1993; en tercer lugar, porque el literal b) del art 11 de la Ley 1328 de 2009, considera una práctica abusiva la imposición de dicha carga a los consumidores financieros, teniendo en cuenta que los afiliados se encuentran en desventaja probatoria, además de ser la parte débil de la relación contractual, quienes en este tipo de procesos se enfrentan a una entidad financiera, que cuenta con posición en el mercado, profesionalismo, experticia y control de la operación.

Esa carga probatoria, como se advierte en el caso analizado, claramente no se encuentra cumplida, porque ningún medio de convicción obrante en el proceso da cuenta que a la convocante se le haya documentado o asesorado, sobre las consecuencias, ventajas y desventajas de su afiliación al RAIS a través de la AFP Protección S.A., lo cual en principio devendría en una ineficacia de ese acto jurídico.

No obstante, dadas las particularidades del caso, la declaratoria de ineficacia de la afiliación resulta inviable; ello por cuanto el efecto de tal declaración consiste retrotraer las cosas al estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato declarado ineficaz, es decir, la sentencia que en tal sentido se dicte, tiene efectos retroactivos.

Lo anterior, implicaría que la demandante pierda su calidad de afiliada al Sistema General de Pensiones, a quien además debe restituírsele todo aquello que la AFP demandada recibió con ocasión a esa afiliación, y si bien en virtud del artículo 271 de la Ley 100 de 1993, podría realizar nuevamente la afiliación libre y voluntaria, por ejemplo a Colpensiones, como así lo peticionó en su demanda, ello lo debe hacer a título de afiliación inicial, lo cual implica que debe comenzar desde cero a efectuar sus cotizaciones a dicha entidad; circunstancia que haría nugatorio su derecho a la pensión de vejez, y por ende, su derecho a la seguridad social, dado que en la actualidad cuenta con 59 años, conforme se deduce de la copia de su cédula de ciudadanía (página 11 Archivo 02 del expediente digital), siendo claro que ya cumplió la edad mínima de pensión establecida para el RPMPD.

Ello es así, porque la convocante nunca estuvo afiliada al ISS hoy Colpensiones antes de su vinculación a Protección S.A., como quedó probado en el proceso; luego, la ineficacia de su afiliación al RAIS, no puede traer como consecuencia el traslado de los dineros que reposan en su cuenta de ahorro individual con destino a la hoy administradora del RPM, Colpensiones, pues se *itera*, conforme lo resaltó el Juzgado de Conocimiento y no hay discusión en el presente caso, la actora nunca ha pertenecido a dicho régimen de pensiones, lo que impide imponerle la carga a tal entidad, de recibir a la afiliada junto con todas las cotizaciones que efectuó a lo largo de su vida laboral ante la AFP demandada, menos aun cuando no existe norma que sustente una orden tendiente a trasladar dichos recursos, para el caso particular que se analiza.

En este punto, debe resaltarse que el derecho a la Seguridad Social estatuido en el artículo 48 de la C.P., por encontrarse íntimamente relacionado con el trabajo humano, configura un régimen jurídico de orden público cuyos derechos y prerrogativas por mandato legal, son irrenunciables, imprescriptibles, que no pueden ser modificados por convenio entre particulares; de suerte que, en aras de garantizar ese derecho fundamental a la aquí demandante, la Sala debe otorgarle plenos efectos a la afiliación que ésta efectuó por primera vez al Sistema General de Pensiones, a través del RAIS, y en particular, a la AFP Protección.

Ahora bien, cumple acotar que las anteriores consideraciones no van en contravía con la línea jurisprudencial que ha consolidado la CSJ en relación con la ineficacia del traslado, pues si bien en ella se analiza el tema del deber de información que les atañe a las AFP, lo hace en relación con un traslado de régimen, esto es, del RPMPD al RAIS, y no en tratándose de una afiliación inicial

al RAIS, como ocurre en el caso que nos ocupa.

En el mismo sentido, el precedente judicial de la Corte Suprema de Justicia sobre la materia, ha determinado que la declaratoria de ineficacia por falta al deber de información trae como efecto el regreso automático al régimen de prima media administrado por el I.S.S., hoy COLPENSIONES, consecuencia que, se *itera*, no resulta aplicable a la actora, en tanto no demuestra afiliación y cotizaciones al Instituto de Seguros Sociales, de manera previa a la selección de la AFP Protección S.A.

Puestas así las cosas, encuentra la Sala de Decisión, acierto en la determinación tomada por el Juzgado de Conocimiento, siendo lo procedente concluir su confirmación, pues aunque le asiste razón al recurrente en cuanto a que la AFP demandada debió cumplir su deber de información frente a la afiliada cuando efectuó su afiliación inicial al Sistema General de Pensiones seleccionando el RAIS, en todo caso no es acertado su análisis en cuanto peticiona el traslado de la actora al RPM, porque se insiste, la consecuencia de la ineficacia de tal acto jurídico implicaría permitirle nuevamente una selección inicial, sin remitir sus aportes a Colpensiones, lo cual claramente desconocería su derecho a la seguridad social.

Conforme a lo expuesto se confirmará la decisión aquí estudiada. Costas en esta instancia a cargo de la demandante, incluyendo como agencias en derecho la suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

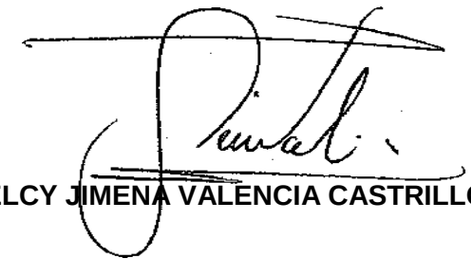
PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 5 de junio de 2023, proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la demandante,

inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV al momento de su pago.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,



ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNANDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-023-2022-00439-01
DEMANDANTE:	JOSÉ CAMPO ELÍAS ROMERO AGUDELO.
DEMANDADO:	COLPENSIONES
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 30 de mayo de 2023.
JUZGADO:	Juzgado 23° Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Pensión de sobrevivientes
DECISIÓN:	CONFIRMA

Hoy, treinta y uno (31) de julio de dos mil vientres (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación formulado por la demandada en contra de la sentencia del 11 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de Bogotá, así como el Grado Jurisdiccional de Consulta en favor COLPENSIONES, en lo que no fue objeto de apelación, dentro del proceso ordinario promovido por **JOSÉ CAMPO ELÍAS ROMERO AGUDELO** contra la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-023-2022-00439-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

El promotor de la acción pretende se condene a COLPENSIONES a reconocerle y pagarle la sustitución pensional a partir del 31 de julio de 2021, con ocasión del fallecimiento de su cónyuge la señora Beatriz Galvis de Romero, al pago de los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que mediante Resolución No. 00386 del 21 de enero de 2004, el extinto ISS reconoció pensión de jubilación a favor de la señora Beatriz Galvis de Romero. Que contrajo matrimonio con la causante el día 5 de agosto de 1972, conviviendo de manera ininterrumpida hasta la fecha de deceso, esto es, hasta el 31 de julio de 2021. Adujo, que ante el fallecimiento de la pensionada solicitó a Colpensiones la sustitución pensional, siendo negada mediante Resolución SUB-318419 del 30 de noviembre de 2021, bajo el argumento que no se acreditó la convivencia de los cinco (5) años anteriores al fallecimiento. Que contra la decisión interpuso recurso de reposición y en subsidió de apelación, siendo negados los recursos mediante Resolución SUB-31423 del 7 de febrero de 2.022 y DPE 3876 del 05 de abril de 2.022, respectivamente.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA[2]

La Administradora del RPM se opuso a todas las pretensiones de la demanda y, como argumentos de defensa, expuso que el demandante, no acreditó el lleno de los requisitos contemplados en el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 13 de la ley 797 del año 2003, esto es, haber convivido con el causante los últimos 5 años anteriores a su fallecimiento, tal como se consagró en la investigación administrativa realizada por Colpensiones

Propone como excepciones de fondo: Inexistencia del derecho reclamado, prescripción, genérica, inexistencia del cobro de intereses moratorios e indexación.

[1] Archivo 01 Carpeta 01 Expediente Digital
[2] Archivo 08 Carpeta 01 Expediente Digital

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 30 de mayo de 2022, condenó a COLPENSIONES a reconocer a la demandante la sustitución pensional, a partir 31 de julio de 2021, en cuantía igual al 100% de la suma devengada por la causante al momento de su fallecimiento, esto es, el salario mínimo legal mensual vigente, por catorce mesadas al año, y con los reajustes anuales, autorizó a los descuentos de salud y condenó al pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 21 de noviembre de 2021, declaró no probada la excepción de prescripción, y gravo en costas a la pasiva.

Como fundamentos de su decisión, el *A quo* señaló, como hechos ciertos la calidad de pensionada de la causante mediante Resolución No. 00386 del 21 de enero de 2004, expedida por Colpensiones, mesada que equivale a un 1 SMLMV y la fecha de su deceso, esto es, el 31 de julio de 2021. Que a partir de esta calenda indicó que los parámetros a estudiar la referida sustitución pensional es la Ley 100 de 1993 con sus modificaciones del art. 12 de la ley 797 de 2003. Que el actor demostró que en vida contrajo matrimonio con la causante y que dicho vínculo se mantuvo vigente hasta la fecha de fallecimiento. Explicó, que según la jurisprudencia actual le corresponde demostrar que convivió con la causante cinco años en cualquier tiempo. Adujo, que, de conformidad a los medios probatorios arrimados al plenario, como las declaraciones extraprocesales, la investigación aportada por Colpensiones y las manifestaciones efectuadas por los deponentes José Jeremías Molano Herrera y Jorge Enrique Barreto Trujillo, dan fe de una convivencia ininterrumpida por un espacio de cincuenta años, convivencia que terminó por el deceso de la causante. Por tanto, indicó que no entendía las razones por la cuales la Administradora negó el derecho del actor. Adujó, que tal como lo expuso el accionante en su interrogatorio, se casaron por la Iglesia el 5 de agosto de 1972, que se radicaron en Fómeque (Cundinamarca) pero también vivieron en Bogotá por espacio de cinco a seis años, que la causante falleció en el Hogar Geriátrico de Choachí, debido a que por la parálisis general no podía caminar, ni ir al baño, situacion que impedía que viviera con ella, sino que debía estar bajo constante cuidado profesional.

En conclusión, encontró el Juez de instancia que se demostró una convivencia efectiva, con lazos de solidaridad, de ayuda mutua, que procrearon hijos, permaneciendo unidos a pesar que en los últimos años la causante por su parálisis general, enfermedad grave que le impedía moverse, estuvo internada en el hogar geriátrico, siendo visitada constantemente por el actor hasta pandemia, pues por razones del Covid-19 impedían verla personalmente. Citó la sentencia SL 1180 del 9 de marzo de 2022, proferida por la Sala de Casación Laboral de la CSJ, para referir que el cónyuge sobreviviente no debe demostrar los últimos cinco años como erradamente lo interpretó Colpensiones, sino cinco años en cualquier tiempo en vigencia del vínculo matrimonial, hipótesis acreditada al demostrar más de cuarenta (40) años de convivencia con la causante. Por último, ordenó el pago de intereses moratorios de que trata el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, a partir del 21 de noviembre de 2021.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **COLPENSIONES** interpuso recurso de alzada, aduciendo en síntesis como motivos de disidencia, que el demandante no tiene derecho a la pensión de sobrevivientes debido a que no cumple con los requisitos exigidos por la ley para ello, ya que no logró acreditar los últimos cinco años de convivencia que se establecen en el literal a) del artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 12 de la Ley 797 de 2003. Agregó, que con las declaraciones de los familiares no se puede dilucidar que entre el actor y la causante existió una convivencia efectiva conforme a los parámetros señalados por la jurisprudencia, en especial citó la Sentencia SL 5270 de 2021, pues se limitaron a narrar que en los últimos años de vida de la causante residía en un hogar geriátrico, lo que denota la inexistencia de una comunidad de vida. En consecuencia, al negar el derecho al pago y reconocimiento de la sustitución pensional, por sustracción de materia no es viable el pago de retroactivo e intereses.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, y el grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problemas jurídicos a resolver en el *sub lite;* primero, determinar si el señor Jose Campo Elías Romero Agudelo tiene derecho a la pensión de sobrevivientes con ocasión del fallecimiento de Beatriz Galvis de Romero (Q.E.P.D.); segundo, si resultan procedentes los intereses moratorios del artículo 141 de la Ley 100 de 1993 y; tercero; si se debe revocar la condena en costas impuesta a Colpensiones.

CONSIDERACIONES

Inicialmente la Sala hará referencia a los hechos que no ameritan discusión dentro del presente asunto: **1.** Que la señora Beatriz Galvis de Romero (Q.E.P.D.), falleció el 31 de julio de 2021, según se desprende del registro civil de defunción[3]; **2.** Que el actor José Campo Elías Romero Agudelo contrajo matrimonio con la causante el 5 de agosto de 1972, según registro civil de matrimonio con serial 07095167, en la Catedra San Juan Bautista de la Estrada.[4] **3.** Que la causante fallecida, era pensionado por vejez, según Resolución 00386 del 21 de enero de 2004, efectiva a partir del 1 de enero de 2003, en cuantía equivalente a un SMLMV. **3**. Que el demandante presentó reclamación administrativa de la pensión de sobrevivientes, el 21 de septiembre de 2021, la cual le fue negada a través de Resolución SUB 318419 del 30 de noviembre de 2021[5]; **3.** Que la negativa de la pensión fue confirmada mediante Resolución SUB 31423 del 7 de febrero de 2022,[6] que resolvió el recurso de reposición, y

[3] Folio 1 archivo 03 del ED.
[4] Folio 2 archivo 03 del ED.
[5] Folios 9-13 archivo 01 del ED.
[6] Folios 14-20 archivo 01 del ED.

mediante Resolución DPE 3876 del 5 de abril de 2022, que resolvió el recurso de apelación.[7]

La pretendida pensión de sobrevivientes la consagra el artículo 47 de la Ley 100 de 1993, modificado por el Artículo 13 de la ley 797 de 2003, así:

> *"Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:*
>
> *En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. En caso de que la pensión de sobrevivencia se cause por muerte del pensionado, el cónyuge o la compañera o compañero permanente supérstite, deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte…"*

Aclarado lo anterior, frente al derecho del demandante al pago de la sustitución pensional, como se estableció la causante falleció el **31 de julio de 2021,** las normas que gobiernan la situación pensional del accionante, son los artículos 46 y 47 de la Ley 100 de 1993, modificados por los artículos 12 y 13 de la Ley 797 de 2003, respectivamente, normas que consagran que son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes la cónyuge, *"o la compañera o compañero permanente o supérstite*" quien deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante hasta su muerte y **haya convivido con el fallecido no menos de cinco (5) años continuos con anterioridad a su muerte**. Criterio que fue recordado en la Sentencia Radicado SL 1399 de 2018.

Continuando en esa senda, considera esta Sala, si quien pretende el reconocimiento es cónyuge o compañero (a) permanente del **pensionado fallecido**, debe acreditar el mínimo de 5 años de convivencia que, para el caso del cónyuge sobreviviente, no menos de cinco (5) años en cualquier tiempo.

Así lo reiteró la Sala Laboral de la CSJ en la sentencia SL4227-2021, en la cual señaló, lo siguiente:

> *"Frente a pensionados fallecidos, esta Corte tiene adoctrinado que, aunque es verdad que el literal a) del artículo 13 de la Ley 797 de 2003 contempla que, para ser beneficiaria de una pensión de sobrevivientes, tanto la cónyuge como la compañera deben acreditar que estuvieron haciendo vida marital con el causante durante al menos cinco años continuos inmediatamente anteriores al deceso; también es cierto que, la*

[7] Folios 22-28 archivo 01 del ED.

Sala de Casación Laboral al efectuar una interpretación de dicha norma en concordancia con el literal b) ibidem, ha sostenido que la o el cónyuge separado de hecho con vínculo matrimonial vigente puede acceder al derecho pensional al demostrar el requisito de los cinco años en cualquier tiempo, puesto que de esta manera se da alcance a la finalidad de proteger a quien desde el matrimonio aportó a la construcción del beneficio pensional del causante, en virtud del principio de solidaridad que rige el derecho a la seguridad social."

Aclarado lo anterior, en el caso bajo estudio, la Sala comparte lo considerado por la *A quo* en relación con la convivencia del promotor de la acción con el pensionado fallecido, pues se demostró una relación con vocación de permanencia, toda vez, que los medios de prueba practicados enseñan fehacientemente que la pareja convivió por un lapso muy superior al exigido por la norma, en razón a que los testimonios recaudados dentro del juicio; primero, son prueba contundente de la convivencia y; segundo, los mismos se ratifican con lo narrado por la pasiva en la investigación interna realizada, conforme se pasa a explicar:

Ahora, dentro del proceso también se escuchó la declaración de José Jeremías Molano Herrena amigo del demandante y de la causante, expuso que los conoció aproximadamente desde hace cincuenta (50) años en el municipio de Fómeque, adujo que se casaron en el año 1972, que tiene presente el año porque fue con anterioridad a su matrimonio, que desde esa época los conoce como un matrimonio pues convivían en el mismo municipio, que prácticamente eran vecinos porque vivían a tres cuadras, que la causante en vida trabajó para el despacho parroquial, para el consejo y el demandante ejercía el oficio de carpintero. Que compartían eventos sociales, acudían a misa hasta que la causante se agravó y tuvo que ser internada en un Hogar Geriátrico porque el actor no contaba con la edad y los medios para hacerse cargo de ella. Adujo, que le constaba que el actor iba muy seguido al ancianato ubicado en el municipio de Choachí a llevarle medicamentos o cualquier cosa urgente que necesitará, que un conductor de nombre Pablo se encargaba de llevarlo seguido hasta el ancianato pues Chogui y Fómeque son municipios cercanos.

El señor Jorge Enrique Barreto Trujillo, actualmente pensionado de la Policía Nacional, manifestó que conoció al causante desde el año 1984, con ocasión a que llegó a trabajar al Municipio de Fómeque, que entablaron una amistad cercana con el actor y la causante, que conoció la casa donde vivía el actor con la causante, que en dicha casa también funcionaba el taller de

carpintería del demandante. Depuso, que la causante era muy amiga de sus hijas, da fe que desde que los conoció nunca se separaron, que se comportaban como una pareja normal, paseaban, iban a misa, compartían eventos sociales. Por último, señaló que para el año 2015, las patologías de la señora Beatriz empeoraron sufriendo una parálisis general, no podía valerse por sí misma y el actor siendo una persona de tercera edad se vio obligado a llevarla a un Hogar Geriátrico para su cuidado. Que le consta lo anterior, porque en dos o más ocasiones lo acompañó para visitar a la señora Beatriz, observando que estaba muy delicada de salud, que para la época de la pandemia no lo dejaban entrar y debía entregar los pañales y medicamentos por una ventana.

Las anteriores declaraciones guardan precisión y no son contradictorias frente a lo expuesto por el actor al momento de absolver interrogatorio, en su declaración manifestó que en el año 1972 contrajo matrimonio con la señora Beatriz Galvis de Romero, en la Iglesia del Barrio la Estrada de la Ciudad de Bogotá, que desde ese momento iniciaron convivencia en el municipio de Fómeque del Departamento de Cundinamarca hasta la fecha de su muerte, para el año 2021. Sin embargo, por el periodo aproximado de cinco años convivieron en Bogotá D.C., por razón de su trabajo como carpintero, regresando a Fómeque. Adujo, que, debido a la patología crónica de parálisis general de su esposa, no podía hacerse cargo de ella, por su edad y que también es una persona de tercera edad y enferma, que la parálisis le significaba que su esposa no podía sostenerse, ni bañare ni realizar cualquier actividad mínima, entonces, por colaboración de amigas cercanas pudo ingresar al Hogar Geriátrico de Choachí desde el año 2015. Señaló, que la visitaba cada tres días u ocho días, o antes si lo llamaban para que allegará implementos de aseo, pañales, paños, medicamentos que debía reclamar ante la E.P.S. Por último, que desde el momento en que le dio la parálisis a la señora Beatriz cobró la pensión, la cual era utilizada para pagar la estancia en el ancianato.

Por otro lado, se tiene el informe técnico de investigación, efectuado por el Departamento de Investigaciones de la pasiva, que además de corroborar los dichos de los anteriores deponentes, dialogó con Fernando Figueredo Galvis, sobrino del causante quien informó que el actor y su tía convivieron por más de veinticinco años y que de esa unión no procrearon hijos. De igual forma la directora del hogar San Luis María de Montfort señaló que el actor era el esposo

de la causante y la persona quien pagaba la mensualidad por la estancia de Beatriz Galvis de Romero en dicho centro.

Bajo los anteriores derroteros, se demostró una convivencia efectiva en los términos señalados por la jurisprudencia, pues por espacio considerable por más de cuarenta años, mantuvieron una relación de pareja con lazos afectivos, sentimentales y de apoyo, pues es de recordar que la totalidad de los declarantes manifestaron esos lazos de apoyo sentimental y económico de la fallecida Beatriz Galvis de Romero, solidaridad que fue correspondida por el demandante, quien expresó que durante el tiempo de padecimiento de las enfermedades y su estancia en el Hogar Geriátrico, estuvo con ella, llevándole medicamentos, insumos, pagando la mensualidad de la Fundación Unidad Social María de Monfort, tal como se advierte del certificado obrante a folio 3 del expediente administrativo. En consecuencia, no queda otro camino que confirmar la decisión de primera instancia de reconocer y pagar a favor de José Campo Elías Romero Agudelo la pensión de sobrevivientes por el fallecimiento de la pensionada Beatriz Galvis de Romero.

Por otra parte, no escapa la atención de esta Sala de Decisión, que el Juez de primer grado, no materializó el derecho sustancial deprecado, pues no concretó la condena impartida a la parte demandada, ni ofreció los parámetros para su liquidación, dado que su actividad jurisdiccional en dicho punto, se circunscribió a ordenar el pago del derecho suplicado (retroactivo pensional) comportamiento este que no se ajusta a los lineamientos proscritos en materia laboral y de seguridad social, por cuanto los Jueces están obligados a precisar y detallar las condenas en sus fallos, dado que éstas no pueden quedar en manera alguna al arbitrio de un tercero o de la misma parte vencida en juicio, tal como se dispone en el art. 283 del CGP aplicable a los juicios del trabajo y de la seguridad social, por remisión del art. 145 del CPTSS, lo anterior, sin perjuicio, que en casos particulares, los operadores judiciales determinen los parámetros bajo los cuales debe hacerse la cuantificación de las condenas, circunstancia que no es la que acaece en autos, pues, contaba con todos los elementos de juicio para cuantificar el valor de la prestación.

En esa medida, en aras de materializar y actualizar el valor de las diferencias pensionales, se tiene que la encartada adeuda por tal concepto a favor del actor la suma de **$28.731.156** por concepto de diferencias pensionales

causadas desde el 31 de julio de 2021 hasta el 31 de julio de 2023, debiendo pagar además las que se causen con posterioridad.

AÑO	No. MESADAS	MESADA	RETROACTIVO
2021	6.033	$908.526	$ 5.481.440
2022	14	$1.000.000	$ 14.000.000,00
2023	8	$1.160.000	$9.280.000
			$28.761.440

En relación con los intereses contenidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, sabido es que se generan no solo cuando habiéndose reconocido una prestación hay mora en su pago, sino también cuando esa prestación no se ha reconocido en el término establecido en la ley y por esa razón no han comenzado a pagar las mesadas correspondientes (Sala de Casación Laboral C.S.J Sent. 33.161 del 31 de marzo de 2009). Esto, siempre y cuando no existe justificación para el retardo, pues si es patente tal, debe exonerase a la entidad de los mismos (SL 704-2013 de octubre 2 de 2013, radicación 44.454).

Igualmente, importa poner de presente lo indicado por el mismo órgano cúspide, en el sentido de que para determinar la procedencia de dicho gravamen debe analizarse la conducta de la administradora en el retardo o negación del reconocimiento o pago de la pensión, ya que, **en el evento de demostrarse que su proceder tiene sustento normativo debe exonerársele de los intereses de mora**. Así se dijo en la sentencia SL704-2013, entre otras.

En el presente caso, no existieron razones jurídicamente válidas para que Colpensiones negara el reconocimiento de la pensión de sobrevivientes al demandante, aduciendo que no se demostró una convivencia dentro de los últimos cinco años anteriores a la muerte del deceso del causante, pues como se anotó en precedencia, desde la misma investigación efectuada por la pasiva, las personas que fueron entrevistadas dieron fe de esa convivencia superior a cuarenta años.

En ese sentido, no desatinó el juez de instancia al señalar que los intereses moratorios proceden a partir del vencimiento de los 2 meses con los que contaba la AFP para reconocer la prestación económica.

Se condena en costas en esta instancia, por cuanto no prosperó el recurso interpuesto, las cuales serán a cargo de COLPENSIONES. Se fija como agencias en derecho 1 SMMLV.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia del 30 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Veintitrés (23) Laboral del Circuito de Bucaramanga, en el sentido de liquidar el retroactivo pensional reconocido en favor de José Campo Elías Romero Agudelo, y a cargo de la Administradora Colombiana de Pensiones - Colpensiones, en la suma de $ **$28.761.440** a razón de 14 mesadas anuales desde el 31 de julio de 2021 hasta el 31 de julio de 2023, sin perjuicio de las que se sigan causando. Se AUTORIZA que del retroactivo se descuenten las cotizaciones del demandante al sistema de seguridad social en salud**.**

SEGUNDO: COSTAS de esta instancia a cargo de COLPENSIONES y a favor de la parte demandante. Inclúyanse como agencias en derecho una suma equivalente a un SMMLV.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO

DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ

REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ

SALA DE DECISIÓN LABORAL

MAGISTRADA PONENTE: ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

PROCESO:	Ordinario Laboral
RADICADO:	11001-31-05-026-2020-00434-01
DEMANDANTE:	RITA BEATRÍZ MEDINA VARGAS
DEMANDADO:	COLPENSIONES, PORVENIR S.A. Y NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.
ASUNTO:	Apelación y Consulta Sentencia del 29 de mayo de 2023.
JUZGADO:	Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá
TEMA:	Ineficacia de Traslado de Régimen Pensional
DECISIÓN:	CONFIRMA.

Hoy, treinta y uno (31) de julio de dos mil veintitrés (2023), el Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, **SALA DE DECISIÓN LABORAL INTEGRADA** por los Magistrados **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ, ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO** y como Ponente, **ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN**, se procede a proferir la decisión previamente aprobada por esta Sala, en atención a lo previsto en el artículo 13 de la Ley 2213 de 2022, con el fin de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, en lo que no fue objeto de apelación, frente a la sentencia del 29 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, dentro del proceso ordinario promovido por **RITA BEATRÍZ MEDINA VARGAS** contra la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., LA NACIÓN –MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO Y LA ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES**, con radicado No. **11001-31-05-026-2020-00434-01.**

A continuación, se procede a proferir la siguiente: **SENTENCIA**

DEMANDA[1]

La promotora de la acción pretende se declare la ineficacia y anulación del traslado y de la afiliación al RAIS a cargo a PORVENIR S.A.; se ordene a COLPENSIONES aceptar el traslado y la afiliación al RPM; como consecuencia de ello, se ordene a PORVENIR S.A. trasladar a COLPENSIONES todos los valores de aportes, cotizaciones, gastos de administración y rendimientos de su cuenta de ahorro individual; se condene a Colpensiones aceptar a la actora en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida y pague la pensión de vejez, que se condene a Porvenir S.A. al pago de cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes de que trata el artículo 13 literal b y 271 de la Ley 100 de 1993, como consecuencia de la conducta atentatoria contra el derecho pensional de la actora, que se falle extra y ultra petita, aparejado con costas procesales.

Como sustento de sus pretensiones, manifestó que se afilió inicialmente al Instituto de Seguros Sociales hoy Colpensiones desde el mes de septiembre de 1987, que en agosto de 1999 se trasladó al RAIS a través de PORVENIR debido a unas falsas expectativas, que el Instituto de Seguro Social iba a desaparecer y que al trasladarse no perdería el Régimen de transición de que trata el artículo 36 de la Ley 100 de 1993. Adujo que PORVENIR S.A. no le brindó ningún tipo de asesoría durante el tiempo que ha estado vinculada ni le informó sobre la prohibición de traslado antes de los 10 años de alcanzar la edad de pensión de vejez. Que, el 13 de noviembre de 2020, elevó ante Colpensiones la respectiva reclamación administrativa, sin recibir respuesta a la fecha de presentación de la demanda.

Por último, señaló que al haber transcurrido más de un año desde que cumplió la pensional de vejez, el 6 de marzo de 2020 radicó solicitud de reconocimiento de pensión ante Porvenir S.A., bajo la figura de garantía de pensión mínima al no contar con la cantidad de dinero suficiente en su cuenta de ahorro individual, mesada pensional que vulnera los preceptos y garantías constitucionales y legales al ser más favorable la que otorga el RPMPD.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

[1] Archivo 01 Expediente Digital

PORVENIR S.A.[2]

Mediante providencia del 20 de octubre de 2021, la juez singular dio por no contestada la demanda por parte de la administradora del RAIS.

LA NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.[3]

El Juzgado dio por no contestada la demanda, a través de providencia calendada el 26 de agosto de 2022.

COLPENSIONES[4]

La Administradora de Fondo de Pensiones del Régimen de Prima Media se opuso a todas las pretensiones de la parte actora, fundamentando su postura en que la demandante de forma libre y voluntario escogió el RAIS para el reconocimiento de su prestación de vejez, teniendo en cuenta que la misma goza de una pensión de garantía mínima desde el mes de marzo del 2020, saneando cualquier irregularidad que se hubiese podido presentar dentro de la afiliación, tal como lo señala la jurisprudencia actual. Frente a los hechos aceptó su vinculación inicial al RPM y que a la fecha ostenta la calidad de pensional del RAIS.

Propuso como excepciones de fondo las que denominó: prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA[5]

El Juzgado Veintinueve Laboral del Circuito de Bogotá, mediante Sentencia del 29 de mayo de 2023, absolvió a las demandadas de todas las pretensiones incoadas en su contra y gravó en costas a la parte actora.

---

[2] Archivo 12 Expediente Digital
[3] Archivo 22 Expediente Digital.
[4] Archivo 09 Expediente Digital
[5] Archivo 31 Expediente Digital.

Como fundamentos de su decisión, el *A quo* señaló que conforme al criterio actual de la Corte Suprema de Justicia, en el caso de los pensionados no es procedente declarar la ineficacia de traslado, por tratarse de una situación jurídica ya consolidada y un hecho consumado, sin embargo, dejó abierta la posibilidad para que este tipo de personas demanden la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora de pensiones, conforme al artículo 16 de la Ley 446 de 1998, el cual consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños, conforme a la sentencia SL373-2021. En ese orden, no es objeto de discusión, que la demandante goza de una pensión de vejez por garantía de pensión mínima bajo la modalidad de retiro programado, razón más que suficiente para denegar las pretensiones invocadas en el libelo de la demanda.

Adujo, que la parte actora no peticionó el pago de los perjuicios de que trata la mencionada sentencia, sin que sea dable al juzgador impartir condena de un derecho que no fuere debatido a lo largo del proceso, bajo las previsiones del artículo 50 del CPT y SS.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte **DEMANDANTE**, formuló recurso de apelación aduciendo para el efecto, que la carga de la prueba en demostrar la entrega de la información adecuada, la doble asesoría necesaria para la decisión de traslado, se encontraba en cabeza de la AFP, por inversión probatoria, supuesto de facto que no acaeció en el *sub examine*, pues la administradora del RAIS guardo silencio. Que el estatus de pensionada no debe afectar el estudio por parte del juez laboral del derecho a pensionarse en el Régimen de Prima Media con Prestación Definida. Por último, solicita al pago de perjuicio atendiendo al cambio jurisprudencial emanado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, sin que sea impedimento para su concesión el hecho de que no haya sido solicitado.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

Dentro de los términos procesales previstos se corrió traslado a las partes para alegar de conclusión. Cabe anotar que los alegatos de conclusión no

constituyen una nueva oportunidad para complementar el recurso de apelación si este fue interpuesto en primera instancia.

Surtido el trámite que corresponde a esta instancia procede la Sala de Decisión a dictar la providencia que corresponde.

PROBLEMA JURÍDICO

Conforme a las pretensiones invocadas en el *libelo demandatorio,* la contestación y sus excepciones*,* las manifestaciones esbozadas por la Juzgadora de primera instancia, en estricta consonancia con los reparos invocados en la alzada, esta Sala de Decisión en cumplimiento de sus atribuciones legales se permite establecer como problema jurídico a resolver en el *sub lite,* determinar si en el caso de la señora RITA BEATRÍZ MEDINA VARGAS se cumplen o no los presupuestos para declarar la ineficacia de la afiliación realizada al régimen de ahorro individual administrado por la AFP PORVENIR S.A., junto con las consecuencias propias que de ello se deriva.

CONSIDERACIONES

Previo a resolver el problema jurídico planteado, debe precisar la Sala que el estudio del cambio de régimen pensional fundado en la transgresión del deber de información debe abordarse desde su ineficacia y no desde la nulidad, conforme se extrae del contenido del literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993 y 271 *ejusdem*, pues resulta equivocado exigirle al afiliado la acreditación de los vicios del consentimiento: error, fuerza o dolo, cuando el legislador consagró expresamente que el acto de afiliación se afecta cuando no ha sido consentido de manera informada, conforme lo ha expuesto la Corte Suprema de Justicia de manera reiterada y desde la sentencia 31.989 del 8 de septiembre del 2008, postura que se mantiene actualmente entre otras, en la sentencia SL 5144 del 20 de noviembre del 2019.

Vista la delimitación del conflicto a estudiarse por la Sala, sea del caso precisar que, cuando se pretende por vía judicial la ineficacia del traslado de un afiliado del RPM al RAIS, es necesario tener en cuenta que la ley radica en las Administradoras de Pensiones el deber de gestión de los intereses de quienes se vinculen a ellas, los cuales surgen desde las etapas previas y

preparatorias a la formalización de su afiliación a la Administradora, por lo tanto, en razón de la existencia de éstas, se da la necesidad de actuar mediante instituciones especializadas e idóneas, con conocimientos y experiencia, que resulten confiables a los ciudadanos que van a entregar sus ahorros y sus seguros de previsión para los riesgos de vejez, invalidez y muerte.

Entre las obligaciones que deben cumplir las AFP, una de las más importantes es la de otorgar al afiliado la información necesaria y suficiente sobre todas las etapas del proceso, esto es, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional. En este sentido, las Administradoras de Pensiones tienen el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible, en un lenguaje claro y entendible para las personas, que por regla general no son expertas en materia pensional como si lo es administrador experto, por ello, **el primero debe proporcionar con la prudencia de quien sabe que ella tiene valor y el alcance de orientar al potencial afiliado o a quien ya lo está, y que cuando se trata de asuntos de consecuencias mayúsculas y vitales, como en el sub lite, la elección del régimen pensional, trasciende el simple deber de información, y como emanación del mismo reglamento de la seguridad social, la administradora tiene lo que jurisprudencialmente se ha denominado el deber del buen consejo, que la compromete a un ejercicio más activo al proporcionar la información, de ilustración suficiente dando a conocer las diferentes alternativas, con sus beneficios e inconvenientes, y aún, si ese fuere el caso, a desanimar al interesado de tomar una opción que claramente le perjudica.** (Subraya la Sala).

Lo anterior, tiene fundamento en lo manifestado por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencias con radicaciones 31.314 y 31.989 del 9 de septiembre de 2008, No. 33.083 del 22 de noviembre de 2011, SL12136 rad. No 46.292 del 3 de septiembre de 2014, reiterado recientemente en Sentencia SL2611-2020 del 01 de julio de 2020.

Es de anotar que el precedente citado corresponde en su mayoría, a traslados respecto de personas beneficiarias del régimen de transición; sin embargo, la Sala de Casación Laboral ha aclarado que esa falta al deber de

información, **independientemente de la expectativa pensional**, conlleva la ineficacia del traslado de régimen pensional, según lo expuesto en Sentencia SL1452-2019 de 3 de abril de 2019.

Ahora, en el caso bajo estudio la Sala no puede pasar por alto que Rita Beatriz Medina Vargas, tiene la calidad de pensionada de Porvenir S.A., quien mediante comunicación del 16 de marzo de 2020 le reconoció pensión de vejez bajo la figura de garantía de pensión mínima (pag. 64 -65 archivo 01 ED). Es de anotar que, al absolver interrogatorio de parte, la promotora de la acción reconoció que se encuentra actualmente percibiendo su pensión de vejez por parte de PORVENIR S.A. (Min. 16:30 Archivo de audio y video 30).

En un asunto de similares características fácticas, tratándose de la pretensión de un pensionado sobre la ineficacia de la afiliación al régimen de ahorro individual, la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021, señaló:

> *""Para la Corte la respuesta es negativa, puesto que si bien esta Sala ha sostenido que por regla general cuando se declara la ineficacia de la afiliación es posible volver al mismo estado en que las cosas se hallarían de no haber existido el acto de traslado (vuelta al statu quo ante)2 , lo cierto es que la calidad de pensionado es una situación jurídica consolidada, un hecho consumado, un estatus jurídico, que no es razonable revertir o retrotraer, como ocurre en este caso. No se puede borrar la calidad de pensionado sin más, porque ello daría lugar a disfuncionalidades que afectaría a múltiples personas, entidades, actos, relaciones jurídicas, y por tanto derechos, obligaciones e intereses de terceros y del sistema en su conjunto. Basta con relievar algunas situaciones:*
>
> *Desde el punto de vista de los bonos pensionales, puede ocurrir que se haya pagado el cupón principal por el emisor y las cuotas partes por los contribuyentes y, además, que dicho capital esté deteriorado en razón del pago de las mesadas pensionales. En tal caso, habría que reversar esas operaciones. Sin embargo, ello no parece factible porque el capital habría perdido su integridad y, por consiguiente, podría resultar afectada La Nación y/o las entidades oficiales contribuyentes al tratarse de títulos de deuda pública.*
>
> *Desde el ángulo de las modalidades pensionales, en la actualidad las entidades ofrecen un diverso portafolio de alternativas pensionales. Algunas son retiro programado, renta vitalicia inmediata, retiro programado con renta vitalicia diferida, renta temporal cierta con renta vitalicia de diferimiento cierto, renta temporal con renta vitalicia diferida, renta temporal variable con renta vitalicia inmediata.*
>
> *Cada modalidad tiene sus propias particularidades. Por ejemplo, en algunas el afiliado puede pensionarse sin que importe la edad o puede contratar dos servicios financieros que le permitan acceder a una renta temporal cierta y a una renta vitalicia diferida. En otras, el dinero de la cuenta de ahorro individual es puesto en el mercado y genera*

rendimientos administrados por la AFP. Incluso se puede contratar simultáneamente los servicios con la AFP y con una aseguradora en aras de mejorar las condiciones de la pensión. Es de destacar que en la mayoría de opciones pensionales intervienen en la administración y gestión del riesgo financiero, compañías aseguradoras que garantizan que el pensionado reciba la prestación por el monto acordado.
Por lo tanto, no se trata solo de reversar el acto de traslado y el reconocimiento de la pensión, sino todas las operaciones, actos y contratos con el afiliado, aseguradoras, AFP, entidades oficiales e inversionistas, según sea la modalidad pensional elegida."

(…)

"La Corte podría discurrir y profundizar en muchas más situaciones problemáticas que generaría la invalidación del estado de pensionado. No obstante, considera que los ejemplos citados son suficientes para demostrar el argumento según el cual la calidad de pensionado da lugar a una situación jurídica consolidada y a un hecho consumado, cuyos intentos de revertir podría afectar derechos, deberes, relaciones jurídicas e intereses de un gran número de actores del sistema y, en especial, tener un efecto financiero desfavorable en el sistema público de pensiones."

Ahora bien, respecto de las acciones con que contarían los pensionados que se encontraren en las circunstancias fácticas referidas en la decisión antes mencionada (SL373 del 10 de febrero de 2021), la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia indicó que:

"Lo anterior, no significa que el pensionado que se considere lesionado en su derecho no pueda obtener su reparación. Es un principio general del derecho aquel según el cual quien comete un daño por culpa, está obligado a repararlo (art. 2341 CC). Por consiguiente, si un pensionado considera que la administradora incumplió su deber de información (culpa) y, por ello, sufrió un perjuicio en la cuantía de su pensión, tiene derecho a demandar la indemnización total de perjuicios a cargo de la administradora.

El artículo 16 de la Ley 446 de 1998 consagra el principio de reparación integral en la valoración de los daños. Este principio conmina al juez a valorar la totalidad de los daños irrogados a la víctima y en función de esta apreciación, adoptar las medidas compensatorias que juzgue conveniente según la situación particular del afectado. Es decir, el juez, en vista a reparar integralmente los perjuicios ocasionados, debe explorar y utilizar todas aquellas medidas que considere necesarias para el pleno y satisfactorio restablecimiento de los derechos conculcados.

En la medida que el daño es perceptible o apreciable en toda su magnitud desde el momento en que se tiene la calidad de pensionado, el término de prescripción de la acción debe contarse desde este momento."

No obstante, en el presente asunto la demandante sólo peticionó la declaratoria de ineficacia del traslado producido del RPM al RAIS, con la consecuente imposición de obligaciones de hacer como trasladar los aportes

efectuados junto con los respectivos rendimientos y, en consecuencia, solicitó el reconocimiento y pago de la pensión de vejez por parte de COLPENSIONES, sin que se debatiera dentro del presente asunto si le asistía derecho a una eventual reparación de perjuicios.

Del escrito de demanda presentado no se logra evidenciar que la parte demandante pretendiera el reconocimiento y pago de indemnización total de perjuicios a cargo de las administradoras o la reparación de algún daño que considerara se le causó, tal como lo indica la sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021, aspecto que no fue considerado por la A quo, ni discutido dentro del proceso, sin que las demandadas en sus contestaciones se pronunciaran puntualmente al respecto, pues como ya se dijo, no fue solicitado en los términos indicados.

Criterio anterior que ha sido decantado en innumerables ocasiones por la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia de manera pacífica, a cita de ejemplo véase la sentencia del 15 de marzo de 2022, SL795 radicado 75725 que instruyó lo siguiente:

> *"Ahora bien, frente al principio de la congruencia esta corporación ha sostenido que de conformidad con el artículo 305 del CPC, hoy 281 del CGP, aplicable a los juicios laborales en virtud del artículo 145 del CPTSS, las sentencias que profieran los jueces de instancia deberán estar en correspondencia «con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda»; pretensiones que se fundan en las razones de hecho y de derecho establecidas en el litigio, entendiendo que las primeras vienen dadas por el relato histórico de todas las circunstancias fácticas de las que se pretende deducir aquello que se pide de la jurisdicción, mientras que las segundas son afirmaciones concretas de carácter jurídico que le permiten al demandante atribuirse el derecho subjetivo en que apoya sus pretensiones (CSJ SC, 19 de feb. 1999, rad. 5099, reiterada en la CSJ SL4457-2014). De ahí que, es posible concluir que le corresponde al juez resolver el litigio a partir de los hechos acreditados en el plenario y «subsumirlos» en la norma que consagra el derecho en discusión, dado que conforme al mandato superior del artículo 230 constitucional «Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos al imperio de la ley…» (CSJ SL, 27 jul. 2005, rad. 21517; CSJ SL, 3 dic. 2007, rad. 2962; CSJ SL, 14 oct. 2009, rad. 33352 y CSJ SL, 21 jun. 2011, rad. 38224). De*

suerte que, si la parte accionante, previa relación de los hechos en los que sustenta el derecho demandado se equivoca al invocar las normas que lo consagran, el juzgador está llamado a acoger aquella que verdaderamente regula el asunto fáctico sometido a su consideración (CSJ SL, 21 jun. 2011 rad. 38224). Principio de congruencia que tiene determinadas excepciones, como lo son: cuando se advierte una situación ilegal que amerite su intervención para proteger los derechos de las partes; al surgir hechos sobrevinientes; y cuando se hace uso de la facultad procesal de decidir extra o ultra petita -artículo 50 del CPTSS-. Al respecto en sentencia CSJ SL440-2021, se dijo: Por otra parte, debe destacarse que el principio de congruencia tiene excepciones precisas en el ordenamiento jurídico, como cuando: (i) el juez advierte fraude, colusión o una situación abiertamente ilegal que amerite una intervención excepcionalísima en aras de proteger los derechos fundamentales de las partes, según lo previsto en el artículo 48 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social (CSJ SL466-2013); (ii) existen hechos sobrevinientes (CSJ SL3844-2015 y SL2808-2018), y (iii) la posibilidad del juez en materia laboral de decidir por fuera de lo pedido (extra petita) o más allá de lo suplicado (ultra petita), conforme lo prevé el artículo 50 ibidem. Resulta oportuno resaltar que la facultad de fallar ultra o extra petita, por regla general está restringida para los falladores de única y primera instancia, más no para el juez de apelaciones que la puede emplear, de forma excepcional, cuando se esté en presencia de un derecho mínimo e irrenunciable, siempre y cuando los supuestos fácticos hayan sido debatidos en el proceso y se encuentren debidamente probados (CSJ SL 4 jul. 2012, rad. 43444 y CSJ SL378-2020)".

Aunado a lo anterior, esta Sala ha indicado en distintas oportunidades que la parte actora no puede excusar su falta de preparación para el juicio con argumentos como los aquí esbozados, como quiera que no hizo ejercicio, dentro de las oportunidades procesales dispuestas por la ley, de las facultades para reformar la demanda, adicionar o cambiar las pretensiones incoadas, por lo que los alegatos expuestos en esta instancia carecen de sustento suficiente para otorgar a esta Sala la potestad de entrar a decidir respecto de ellos, pues se observa que las decisiones tomadas por la *A quo* resultaron congruentes con lo peticionado por la parte, no observándose de manera alguna vulneración a las garantías y prerrogativas mínimas del trabajador, siendo que, acceder a lo que con este recurso se implora, conllevaría a una violación protuberante del derecho de defensa y contradicción de la sociedad

demandada.

Se condena en costas en esta instancia, por cuanto no prosperó el recurso interpuesto, las cuales serán a cargo de la parte actora. Se fija como agencias en derecho la suma de $300.000.

Por lo expuesto, la **SALA DE DECISIÓN LABORAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**, administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia del 29 de mayo de 2023, proferida por el Juzgado Veintiséis Laboral del Circuito de Bogotá, conforme lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: COSTAS en esta instancia a cargo de la parte demandante. Se fija como agencias en derecho la suma de $300.000.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

Los Magistrados,

ELCY JIMENA VALENCIA CASTRILLÓN

ÉDGAR RENDÓN LONDOÑO **DIANA MARCELA CAMACHO FERNÁNDEZ**