

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 02-2017-740-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: GERARDO RAMÍREZ

DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo de fecha 28 de mayo de 2020 proferido por el Juzgado Segundo Laboral del Circuito de Bogotá D.C.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recepcionaron vía correo electrónico las de la parte demandante.

ANTECEDENTES

El señor GERARDO RAMÍREZ, por intermedio de apoderado, interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que es beneficiario del régimen de transición previsto en el artículo 36 de la Ley 100 de 1993, por lo que le asiste derecho a la pensión de vejez conforme los preceptos de los artículos 12 y 20 del Acuerdo 049 de 1990, como consecuencia de tal declaración, peticiona se condene a Colpensiones a reconocerle pensión de vejez bajo la normatividad mencionada.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que a la fecha cuenta con 69 años de edad, que revisada su historia laboral, acredita un total de 966 semanas cotizadas, no obstante, en la información reportada por el empleador Servipatino Gómez Ltda., se reflejan 0 semanas de cotización, que con dicha sociedad laboró 11 meses entre mayo de 1996 a marzo de 1997, periodo equivalente a 47.19 semanas, que dicho empleador aportó 42.9 semanas, dejando de pagar únicamente el periodo de agosto de 1996, que por ello, solicitó ante la demandada corrección de historia laboral a fin de que se adicionara el tiempo cotizado con la sociedad en mención, para lo cual, se anexaron los recibos de pago correspondientes, sin embargo, desde el 2010, anualidad para la cual se elevó dicha solicitud, no fueron agregadas dichas semanas a su historia laboral, con las cuales completaría 1013.19 semanas.

Que en resolución VPB 1450 de 2015 expedida por la demandada, se confirmó la negativa a reconocimiento pensional reclamado, para lo cual adujo la entidad que sólo 493 semanas habían sido cotizadas en los 20 años previos al cumplimiento de la edad, sin tener en cuenta las semanas antes señaladas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 2 y 7, manifestó no constarle el No. 3 y negó demás; propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho y la obligación, cobro de lo no debido, prescripción y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió ABSOLVER a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, declarando probada la excepción de inexistencia del derecho y la obligación propuesta por la pasiva, condenando en costas al demandante.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que en cuanto al régimen de transición invocado, no ofrecía duda que el actor, había nacido el

24 de mayo de 1947, por lo que a 1 de abril de 1994, contaba con más de 40 años de edad, siendo en principio beneficiario de dicho régimen, sin embargo el mismo, había sido supeditado con la expedición del AL 01 de 2005, cuyo párrafo transitorio 4 señaló que el régimen de transición, no podía extenderse más allá del 31 de julio de 2010, excepto para quienes estando en dicho régimen tuvieran a la entrada en vigencia del Acto Legislativo 750 semanas de cotización, a quienes se les mantendrían las prerrogativas del régimen de transición hasta el año 2014, que aparecía acto administrativo de 2015, la que indicaba que el actor había cotizado 966 semanas y que para la entrada en vigencia del referido acto legislativo, contaba con 676.89 semanas cotizadas, esto es, con menos de 750.

Que respecto de los periodos cotizados con Servipatiño Gómez Ltda., la demandada en su escrito de contestación refirió que no había tenido en cuenta los periodos con este empleador, por presentar error u omisión en las autoliquidaciones, ya que al comparar las mismas con los documentos originales que reposaban en esa entidad, ninguna de las allegadas, aparecía a nombre del demandante, que dichas autoliquidaciones habían sido anuladas por cuanto habían sido mal diligenciadas, cuestionándose su veracidad, que tal anulación alegada por la demandada, carecía de respaldo probatorio dentro del proceso.

Que en cuanto a las planillas de pago aportadas por la parte demandante, las que no habían sido desconocidas por la demandada y contaban con sello de recibo de tales aportes, se extraía que la empleadora Patiño Gómez Blanca, había efectuado aportes pensionales a favor del demandante para los meses de mayo, junio, julio, septiembre, octubre, noviembre y diciembre de 1996 y enero a marzo de 1997, cotizaciones que no obraban en la historia laboral del actor, por lo que había lugar a tenerlas en cuenta ya que dichos pagos fueron efectivamente recibidos por el entonces ISS, como se evidenciaba en cada uno de los comprobantes de pago, donde aparecía sello de recibo de pagos de la entidad bancaria recaudadora del pago. Conforme lo anterior, con la empleadora Patiño Gómez Blanca, el actor había cotizado 42.9 semanas que, sumadas a las reportadas por la pasiva, arrojaban un total de 1008 semanas, por lo que el actor a la entrada en vigencia del referido acto Legislativo 01 de 2005, lograba acreditar una densidad de semanas de 719.79, no siendo suficientes para conservar el régimen de

transición, no teniendo derecho el actor a que le sea reconocida la pensión bajo los presupuestos del Acuerdo 049 de 1990.

Manifestó que tampoco acreditaba los presupuestos del artículo 33 de la ley 100 de 1993, para adquirir pensión por vejez, ya que el actor para el año 2015, debía acreditar un mínimo de semanas cotizadas de 1300, cumpliendo 60 años en el 2007, teniendo para el 31 de mayo de 2011, 1008.09 semanas, a las cuales se le sumó las 42.9 semanas bajo estudio, no asistiéndole derecho al reconocimiento pensional bajo tal normatividad.

RECURSO DE APELACIÓN

Señaló la parte demandante que en resolución VPB 14507 de 2015 la demandada había indicado que verificada la historia laboral del actor, este había cotizado 765 semanas cotizadas entre el 20 de febrero de 1976 al 24 de mayo de 2007, de las cuales 493 semanas habían sido sufragados en los 20 años anteriores al cumplimiento de la edad, no cumpliendo con los requisitos del Acuerdo 049 de 1990 para acceder a derecho pensional, que igualmente mencionó que el 31 de julio de 2010, había finalizado la transición y a dicha data, el señor Gerardo, sólo había reunido 924 semanas; que a folio 98 la entidad demandada, había desistido de la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio respecto del empleador Servipatiño por cancelación de matrícula mercantil, que en las planillas de pago de aportes realizadas por el empleador, figura el señor Gerardo, fueron efectivamente pagados, que dichas planillas aportadas al proceso, son auténticas, pues cotejados sus valores los mismos son exactos y dan la certeza de que fueron efectivamente pagados, por lo que teniendo en cuenta dichos tiempos, se deberían sumar a su historia.

Que el actor lo que había querido demostrar ante la accionada desde el año 2011, eran las liquidaciones que Servipatiño había aportado en su momento al ISS, inclusive ante jueces de tutela, tales liquidaciones dan cuenta que su empleador pagó los aportes a nombre del demandante entre mayo de 1995 a marzo de 1997, aunado a ello, Davivienda en respuesta aportada al proceso, aseguró que los tiempos laboral 47.19 semanas, por lo que, en los 20 años previos a cumplir la edad pensional, el actor acreditaba más de 500 semanas cotizadas, siendo beneficiario del régimen de transición pensional

por contar con 40 años de edad a 1 de abril de 1994, debiéndose dar aplicación al párrafo primero del artículo 12 de la Ley 797 de 2003, norma que permite tener en cuenta la densidad mínima de cotizaciones prevista en el Acuerdo 049 de 1990, acreditando también haber cotizado 500 semanas en los 20 años previos al cumplimiento de la edad mínima pensional, no observando la decisión varios precedentes judiciales de la Corte Constitucional y de la Sala Laboral de la CSJ, radicado 19137 de 2007, 29945, respecto a la extensión del régimen de transición y el cumplimiento de las 500 semanas de cotización durante los 20 años previos a arribar a la edad pensional antes del 31 de julio de 2010, teniendo en cuenta para su cálculo hasta la última cotización, concediéndole la mesada 14, pues cumplió los requisitos para pensionarse en el año 2007.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación, se tiene que, se alega reconocimiento pensional bajo los parámetros del Acuerdo 049 de 1990. Para verificar si el demandante tiene derecho a la pensión de vejez conforme a dicha normatividad debe revisarse primero, si es beneficiario del régimen de transición que invoca; siendo pertinente señalar que no ofreció reproche que el señor Gerardo Ramírez conforme documental contentiva de copia de documento de identificación de la actora, **nació el 24 de mayo de 1947, por lo que contaba al 1º de abril de 1994 con más de 40 años de edad** siendo en principio, beneficiario del régimen de transición pensional según el artículo 36 de la ley 100 de 1993.

El artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 señala que los requisitos para adquirir pensión bajo dicha normatividad, en lo que respecta a los hombres, son acreditar 60 o más años de edad y un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de las edades mínimas, o haber acreditado un número de 1000 semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo.

Las anteriores exigencias conforme a lo dispuesto por el artículo 48 de la Constitución Política de Colombia debían cumplirse antes del 31 de julio de 2010 y en caso de que los afiliados que no hubieren a la anterior fecha cumplido requisitos para pensionarse, se les otorgaba la posibilidad de hacerlo y extenderseles el régimen de transición hasta diciembre del año

2014, siempre y cuando tuvieran cotizadas 750 semanas a 25 de julio de 2005.

En este caso, como lo refirió el juzgador de instancia, de historia laboral allegada por las partes, se determina que a la data en mención, el demandante contaba con 677,88 semanas de cotización, por lo que en efecto no conservó el régimen de transición del que era beneficiario por razón de edad.

Ahora bien, revisado el caudal probatorio se evidencia la procedencia de tener en cuenta las semanas correspondientes a los ciclos de mayo de 1996 a marzo de 1997, que son las mismas que reprocha el actor en su escrito de demanda y recurso y que ascienden a 42,9 semanas por cuanto como lo adujo la decisión recurrida y lo reitera la parte actora en su recurso y alegaciones, se aportó por las partes las planillas de autoliquidación de aportes, en las que contrario a lo indicado por la pasiva al estudiar las reclamaciones del actor, no cuentan con inconsistencias y en las mismas se registra entre otros como beneficiario de pago de dichos ciclos al señor Gerardo Ramírez, cuentan en efecto con sello de recibido de tales pagos por parte de la entidad bancaria Davivienda, como esta lo certifica y dicha documental se aporta en el proceso.

Ahora bien, junto con escrito de alegaciones, la parte demandante allega documental contentiva de historia laboral expedida por el entonces ISS en el año 2011, que da cuenta de la cotización a nombre del actor y a través del empleador *Electro 70 Ltda. Ciro*, de 52 semanas entre el 10 de octubre de 1973 al 8 de octubre de 1974, las que en efecto, no fueron tenidas en cuenta por la demandada al efectuar el estudio de reconocimiento pensional del señor Gerardo, pues revisados los actos administrativos, mediante los cuales resolvió la solicitud de reconocimiento pensional y los recursos, únicamente relaciona los tiempos cotizados por este a partir del **20 de febrero de 1976**, y la historia laboral aportada por Colpensiones que sirvió de fundamento para la decisión de primer grado, tampoco cuenta con el detalle de cotización bajo estudio; la documental en comentario aportada en etapa de alegaciones, no constituye una prueba allegada en segunda instancia, ya que revisado el expediente administrativo que fuera allegado por Colpensiones en trámite de primera instancia, en efecto, contiene 2 historias laborales expedidas por el ISS en los años 2010 y 2011, que dan

cuenta de la cotización efectiva de las 52 semanas en comento, como se puede evidenciar a continuación:



INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES Nit. 860.013.816-1

VICEPRESIDENCIA DE PENSIONES - REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES

PERIODO DE INFORME: Enero 1967 hasta Noviembre 2010

V 1.1.1

INFORMACION DEL AFILIADO

Tipo Documento: Cédula de Ciudadanía

Fecha Nacimiento: 24/05/1947

Número Documento: 17168478

Fecha Afiliación: 20/02/1976

Nombre: GERARDO RAMIREZ

Correo Electrónico:

Dirección: CR 88 67A 34

Ubicación: Urbano

Estado Afiliación: Activo Cotizante

RESUMEN DE SEMANAS COTIZADAS POR EMPLEADOR

(1) Identificación Empleador	(2) Nombre o Razón Social	(3) Desde	(4) Hasta	(5) Último Salario	(6) Semanas	(7) Lic.	(8) Sim.	(9) Total
1006112477	ELECTRO 70 LTDA CIRO A MURI	10/10/1973	09/10/1974	\$1.770	52,00	0	0	52,00
1002100004	INDUSTRIAL DE GASEOSAS S A	20/02/1976	05/05/1981	\$17.790	271,71	0	0	271,71
860045529	COOTRAGASIM	01/04/1997	30/06/1997	\$1.100.000	12,86	0	0	12,86
860045529	COOTRAGASIM	01/07/1997	29/02/2000	\$1.200.000	136,71	0	0	136,71
860045529	COOTRAGASIM	01/03/2000	31/03/2002	\$1.200.000	107,14	0	0	107,14
860045529	CODETRANSA	01/04/2002	30/04/2002	\$309.000	0,00	0	0	0,00
17168478	GERARDO RAMIREZ	01/07/2002	31/07/2002	\$560.000	4,29	0	0	4,29
17168478	GERARDO RAMIREZ	01/08/2002	31/01/2003	\$1.200.000	25,71	0	0	25,71
17168478	GERARDO RAMIREZ	01/02/2003	31/12/2003	\$1.283.704	47,14	0	0	47,14



VICEPRESIDENCIA DE PENSIONES REPORTE DE SEMANAS COTIZADAS EN PENSIONES

VALIDO PRESTACIONES ECONOMICAS

Relación de Grabación: 12

Documento: 17168478 - C

Fecha Radicación: 31/07/2009

Nombre: GERARDO RAMIREZ

F. Nacimiento: 24/05/1947

Grabado en: 22/07/2011 10:11 am

Afiliaciones: 010649336

Fecha de Impresión: 22/07/2011 10:01 am

Solicitante: Pensiones

Usuario: rcentro_17gsmarin

Patronal/Nit	Razón Social	Desde	Hasta	Salario	Semanas	Lic.	Sim.	Total
1006112477	ELECTRO 70 LTDA CIRO	10/10/1973	09/10/1974	\$1.770	52,00	0,00	0,00	52,00
1002100004	INDUSTRIAL DE GASEOS	20/02/1976	05/05/1981	\$17.790	271,71	0,00	0,00	271,71
39546007	PATINO GOMEZ BLANCA	01/09/1996	30/09/1996	\$0	0,00	0,00	0,00	0,00
860045529	COOTRAGASIM	01/04/1997	30/06/1997	\$1.100.000	12,86	0,00	0,00	12,86
860045529	COOTRAGASIM	01/07/1997	31/03/2002	\$1.200.000	243,86	0,00	0,00	243,86
860045529	CODETRANSA	01/04/2002	30/04/2002	\$309.000	0,00	0,00	0,00	0,00
17168478	GERARDO RAMIREZ	01/07/2002	31/07/2002	\$560.000	4,29	0,00	0,00	4,29
17168478	GERARDO RAMIREZ	01/08/2002	31/01/2003	\$1.200.000	25,71	0,00	0,00	25,71
17168478	GERARDO RAMIREZ	01/02/2003	31/12/2003	\$1.283.704	47,14	0,00	0,00	47,14
17168478	GERARDO RAMIREZ	01/01/2004	31/01/2004	\$1.195.000	4,29	0,00	0,00	4,29
17168478	GERARDO RAMIREZ	01/02/2004	30/06/2004	\$1.595.000	20,00	0,00	0,00	20,00

Así las cosas, no se explica esta sala el por qué Colpensiones desconoció dicho detalle de cotización, cuando aparece tal interregno temporal debidamente cotizado en las historias laborales expedidas por el entonces ISS, debiéndose tener las mismas en cuenta para el reconocimiento pensional deprecado, concluyéndose que a la entrada en vigencia del AL 01 de 2005, el actor acreditó un total de cotizaciones de 772,78 semanas, siendo claro que **conservó el régimen de transición** de que era beneficiario y por ello hasta el 31 de diciembre de 2014, podía acreditar los requisitos de edad y tiempo de cotización previstos en el Acuerdo 049 de 1990.

Conforme lo indicado con anterioridad, como se señaló no ofreció reparo que el actor nació el 24 de mayo de 1947, por lo que alcanzó los 60 años de edad el mismo día y mes del año 2007; ahora en cuanto el requisito de cotización, de historia laboral aportada por Colpensiones, esta certifica 966 semanas de cotización hasta 31 de mayo de 2011, a las que sumadas las 42,9 semanas cuyos pagos se demostraron y las 52 cotizadas e imputadas en historias laborales expedidas por el ISS, a dicha data, **mayo de 2011**, el señor Gerardo alcanzó una densidad de **1060,9** semanas, reuniendo por ende antes de la expiración definitiva del régimen de transición, los requisitos para obtener reconocimiento pensional bajo los apremios del acuerdo 049 de 1990, debiéndose **REVOCAR** la sentencia de primer grado.

En cuanto a la fecha de reconocimiento pensional, se evidencia que el demandante efectuó cotizaciones hasta el periodo de mayo de 2011, habiendo reclamado la prestación por vejez ante la demandada el 31 de julio de 2009, como se evidencia de resolución 102048 del 29 de julio de 2011, expedida por el entonces ISS y allegada en expediente administrativo, acto administrativo que fue objeto de recursos de reposición y apelación, siendo resuelto este último en resolución VPB 14507 del 18 de febrero de 2015, acto administrativo del cual fue notificado el actor, el 7 de marzo de 2016, siendo claro que no transcurrió en esta oportunidad el fenómeno prescriptivo, atendiendo a que la acción judicial fue radicada el 16 de noviembre de 2017, habiendo quedado como se dijo, agotada la vía gubernativa en el año 2016; razón por la cual, el reconocimiento pensional, opera a partir del 1 de junio de 2011, día siguiente de efectuada la última cotización al sistema por parte del actor y cuando ya reunía los requisitos de edad y densidad de cotizaciones.

Ahora en cuanto al monto pensional, debe ser calculado conforme lo señalado en el artículo 21 de la Ley 100 de 1993, esto es, con el promedio de lo cotizado por el actor durante los últimos 10 años y una tasa de reemplazo del 78% conforme la densidad de semanas cotizadas, correspondiéndole una mesada pensional para el año 2011 de \$1.633.190 conforme liquidación efectuada por el grupo designado para tal efecto por esta corporación.

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2000	86	39,790	76,19	1,915	\$ 1.200.000,00	\$ 2.297.763,26	\$ 6.586.921,34
2001	360	43,270	76,19	1,761	\$ 1.200.000,00	\$ 2.112.965,10	\$ 25.355.581,23
2002	270	46,580	76,19	1,636	\$ 1.128.888,89	\$ 1.846.501,60	\$ 16.618.514,38
2003	360	49,830	76,19	1,529	\$ 1.276.728,67	\$ 1.952.116,34	\$ 23.425.396,05
2004	258	53,070	76,19	1,436	\$ 1.492.891,47	\$ 2.143.271,18	\$ 18.432.132,11
2005	359	55,990	76,19	1,361	\$ 1.439.593,31	\$ 1.958.967,93	\$ 23.442.316,28
2006	354	58,700	76,19	1,298	\$ 1.632.000,00	\$ 2.118.263,71	\$ 24.995.511,82
2007	323	61,330	76,19	1,242	\$ 1.734.800,00	\$ 2.155.134,71	\$ 23.203.617,09
2008	360	64,820	76,19	1,175	\$ 1.836.733,33	\$ 2.158.912,57	\$ 25.906.950,82
2009	360	69,800	76,19	1,092	\$ 1.976.166,67	\$ 2.157.079,35	\$ 25.884.952,15
2010	360	71,200	76,19	1,070	\$ 2.054.000,00	\$ 2.197.953,09	\$ 26.375.437,08
2011	150	73,450	76,19	1,037	\$ 2.127.200,00	\$ 2.206.553,68	\$ 11.032.768,41
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2011	\$ 251.260.098,77
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación					\$ 2.093.834,16
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado					78%
		Primera mesada					\$ 1.633.190,64
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año					2011 \$ 535.600,00

De igual forma, contrario a lo señalado por el recurrente, se deberá reconocer la prestación en 13 mesadas pensionales, ya que, si bien se causó con anterioridad a julio de 2011, excede los 3 SMLV para dicha anualidad.

Indexación

Como quiera que no se petitionó condena por concepto de intereses moratorios o indexación, se impondrá esta última en aplicación a lo indicado en sentencia SL2159 de 2022, proferida por la Sala Laboral de la CSJ, en la que indicó que la misma procedía de forma oficiosa a efectos de compensar la pérdida del valor adquisitivo de la moneda:

Es procedente la indexación de los valores previamente referenciados de forma oficiosa, sin que ello represente una condena adicional ni vulnere la congruencia entre la demanda y la sentencia judicial, toda vez que a través de la misma se propende por corregir la devaluación de la moneda a raíz de la inflación, lo que se traduciría en la pérdida de su valor adquisitivo.

Conforme lo anterior, se condenará a la demandada a indexar el valor del retroactivo pensional a la fecha del pago efectivo de la prestación a favor del actor.

Sin costas en la alzada, las de primera a cargo de la demandada.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, para en su lugar **CONDENAR** a la demandada Colpensiones a reconocer y pagar pensión de vejez al señor Gerardo Ramírez bajo los parámetros del régimen de transición, en aplicación de las previsiones del Acuerdo 049 de 1990, a partir del 1 de junio de 2011, en cuantía inicial de \$1.633.190.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a efectuar el pago de retroactivo pensional de manera indexada al momento en que realice el reconocimiento y pago de la obligación objeto de condena.

TERCERO: Sin costas en la alzada, las de primera a cargo de la demandada.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

(En Comisión de Servicios)
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 08-2018-00093-01

ASUNTO: CONSULTA SENTENCIA

DEMANDANTE: DORIS HELENA ROJAS GAVIRIA

DEMANDADO: CENTRAL PAPELERA DE COLOMBIA S.A.S.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del grado jurisdiccional de consulta en favor de la demandante revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 8° Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 19 de mayo del 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante.

ANTECEDENTES

La demandante solicitó que se declare la existencia de un contrato de trabajo con la sociedad CENTRAL PAPELERA DE COLOMBIA S.A.S. EN LIQUIDACIÓN POR ADJUDICACIÓN a término indefinido a partir del 13 de mayo de 1980; que se declare que el contrato de trabajo finalizó por decisión unilateral y sin justa causa por parte del empleador; que la demandada le adeuda la indemnización por despido sin justa causa; que durante el término del contrato no fue afiliada a seguridad social. Como consecuencia,



solicita se condene a la demandada a pagar las sumas correspondientes por concepto de indemnización por despido sin justa causa, suma que deberá pagarse de manera indexada; a la indexación de la pensión de vejez y las costas del proceso. Como pretensiones subsidiarias solicita se condene al pago de las cotizaciones al sistema de seguridad social en pensiones junto con los intereses moratorios.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones en síntesis y para lo que interesa al proceso en que prestó sus servicios bajo la modalidad de contrato de trabajo inicialmente con la sociedad CENTRAL PAPELERA LTDA desde el 13 de mayo de 1980; que el cargo desempeñado fue el de Gerente Financiera; que la labor fue ejecutada bajo continúa subordinación y dependencia; que por medio de escritura pública N° 3540 protocolizada el día 02 de septiembre del 2010 en la Notaría 20 del Círculo de Bogotá se constituyó la sociedad denominada CENTRAL PAPELERA DE COLOMBIA S.A.S.; que la sociedad CENTRAL PAPELERA LTDA es socia de la sociedad CENTRAL PAPELERA DE COLOMBIA S.A.S.; que a partir del 01 de octubre del 2010 entre ambas sociedades operó la sustitución patronal; que los trabajadores de CENTRAL PAPELERA LTDA pasaron por disposición legal a ser trabajadoras de la sociedad CENTRAL PAPELERA DE COLOMBIA S.A.S.; que la demandante prestó sus servicios de manera ininterrumpida desempeñando el mismo cargo y funciones; que el 01 de noviembre del 2015 suscribió con la demandada otro sí al contrato de trabajo en el cual acordaron que el salario de la demandante a partir del 01 de noviembre del 2015 sería el correspondiente a un salario integral de \$25'000.000; que la sociedad CENTRAL PAPELERA DE COLOMBIA S.A.S. se encuentra en proceso de liquidación por orden expresa de la Superintendencia de Sociedades mediante auto 400-017044 expedido el día 27 de noviembre de 2017 según lo preceptuado en la ley 1116 de 2006; que el liquidador de la sociedad demandada el día 12 de diciembre de 2017 le notificó a la demandante la terminación de manera unilateral y sin justa causa de su contrato de trabajo.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Como no fue posible notificar a la demandada se le designó curador ad-litem quien señaló que no le constan los hechos de la demanda; que se opone a las pretensiones de la demanda y propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, prescripción y la genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada CENTRAL PAPELERA DE COLOMBIA INC en LIQUIDACIÓN por adjudicación, de todas y cada una de las pretensiones formuladas en su contra por la señora DORIS HELEA ROJAS GAVIRIA en consideración de la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: DECLARAR probada la excepción de inexistencia de la obligación relevándose el despacho del estudio y pronunciamiento de los demás medios invocados dadas las resultas del caso

TERCERO: COSTAS en esta instancia, a cargo de la parte demandante liquídense por Secretaría, fijando como agencias en derecho la suma de un millón de pesos.

CUARTO: Como quiera que esta decisión resulta adverso a los intereses de la demandante, en caso de no ser apeladas, se remitirán las diligencias al honorable Tribunal Superior de Bogotá, Sala laboral para que se surta el grado Jurisdiccional de consulta en favor de dicha entidad”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que se encuentra probada la prestación personal del servicio con la certificación laboral expedida por CENTRAL PAPELERA y la liquidación del contrato; que el cargo el de Gerente Financiera; que al probarse la prestación del servicio nace la presunción de existencia de un contrato de trabajo; que no se demostró la subordinación y que se encuentra probado que la labor como Gerente Financiera se ejecutaba de manera autónoma e independiente sin que la labor se ejecutara sujeta a obedecer a algún superior jerárquico. Que los testigos relatan que quien le daba órdenes a la demandante era su papá pero sólo hasta el 2008; que en los certificados de existencia y representación legal de la cámara de comercio se evidencia que la actora era Representante Legal



y Gerente al mismo tiempo; que genera duda que en la certificación se estableciera como salario la suma de \$11'000.000 y el único contrato que obra en el plenario que además no se tiene certeza de quien lo suscribe no coincide con la certificación; que la liquidación esta firmada por la misma demandante como empleadora y trabajadora y en ella se establece que el salario era de \$437.851; que la Corte dijo que por razones de transparencia no resultaba válido que una misma persona en su condición de socio y Gerente suscribiera un contrato de trabajo en el que iba a fungir como trabajador para darse unas especiales situaciones con las cuales obligue a la sociedad; que aunque la concurrencia de contratos esta previsto en el CST por regla general, es cierto también su actividad como gerente financiera. Que fue su propia culpa no haber realizado los pagos a los que dice tenía derecho.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante revisa la Sala si efectivamente existió un contrato de trabajo como se pretende en la demanda.

Existencia de la Relación Laboral

Para resolver el problema jurídico que ocupa la atención de la Sala se debe comenzar recordando que el artículo 22 del CST establece que contrato de trabajo es aquel por el cual una persona natural se obliga a prestar un servicio personal a otra persona natural o jurídica, bajo la continua dependencia o subordinación de la segunda y mediante una remuneración. Señalando que quien presta el servicio se denomina trabajador, quien lo recibe y remunera patrono, y la remuneración cualquiera que sea su forma salario.

Por su parte, el artículo 23 del CST, indica que para que haya contrato de trabajo se requiere que concurren tres elementos esenciales: (i) **la actividad personal del trabajador**, es decir, que sea realizada por sí mismo; (ii) **la continuada subordinación** o dependencia del trabajador respecto del empleador que faculta a éste para exigirle el cumplimiento de órdenes, en



cualquier momento, en cuanto al modo, tiempo o cantidad de trabajo e imponerle reglamentos, la cual debe mantenerse por todo el tiempo de duración del contrato; y (iii) **un salario** como retribución del servicio.

Señala además que una vez reunidos los tres elementos se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Adicionalmente, el artículo 24 del C. S. del T. modificado por el artículo 2º de la ley 50 de 1990 establece que *“Se presume que toda relación de trabajo personal está regida por un contrato de trabajo”*

El artículo 25 del C. S. T. establece que, aunque el contrato se presente involucrado o en concurrencia con otro u otros, no pierde su naturaleza, y le son aplicables, por tanto, las normas de este Código.

Sentada la anterior normatividad, encuentra la Sala que la CSJ de manera reiterada ha indicado entre múltiples sentencias en la SL 1826-2021 que acreditada la prestación personal del servicio se presume la existencia de la subordinación laboral, por lo tanto, corresponde al empleador desvirtuarla demostrando que el trabajo se realizó de manera autónoma e independiente.

Y en la sentencia SL 208-2023 la Corte señaló que dicha Corporación ha ilustrado que los jueces laborales deben tener como hecho cierto el contenido de lo que se exprese en una constancia que expida el empleador sobre temas relacionados con el nexo laboral, entre ellos, el tiempo de servicio, pues no es usual que una persona falte a la verdad y dé razón documental de la existencia de aspectos importantes que comprometen su patrimonio. Indicando que la carga de probar en contra de lo que certifique el mismo empleador corre a cargo de quien certifica el hecho, y debe ser de tal contundencia que no deje asomo de duda.

Descendiendo al caso que nos ocupa, encuentra la Sala que contrario a lo indicado por la falladora de primera instancia ni siquiera se encuentra probada la prestación personal del servicio de la demandante para la sociedad



CENTRAL PAPELERA DE COLOMBIA S.A.S a quien se demandó como empleador en el presente proceso. Veamos porque:

La falladora de primera instancia manifiesta que se encuentra probada la prestación personal del servicio con la certificación, el contrato y la liquidación allegada por la demandante; sin embargo, pasa por alto que en la certificación aportada por la accionante se establece que es empleada de la sociedad **CENTRAL PAPELERA LTDA**; sociedad diferente a la aquí demandada, lo mismo ocurre con el contrato el cual fue celebrado con CENTRAL PAPELERA LTDA y en la liquidación aparece que se liquida el tiempo laborado con CENTRAL PAPELERA LTDA; es más éste último documento aparece firmado por la misma demandante como empleadora y trabajadora.

Adicionalmente, es necesario precisar que no puede entenderse que existió una sucesión patronal entre CENTRAL PAPELERA LTDA y la aquí demandada CENTRAL PAPELERA DE COLOMBIA S.A.S. como lo pretende la parte actora como quiera que el hecho de que CENTRAL PAPELERA LTDA sea uno de los accionistas de CENTRAL PAPELERA DE COLOMBIA S.A.S. no implica sustitución patronal y, los legajos en los cuales se hace referencia a esa sustitución patronal corresponden a documentos suscritos por la misma demandante; quien no puede pretender fabricar su propia prueba.

Ahora, en cuanto a los testimonios recibidos de Nelly Bedoya Castañeda, Paulina Barragán Páez y William Nossa no sirven para probar la prestación personal del servicio, pues lo que indican es que la demandante prestaba sus servicios inicialmente para la sociedad CENTRAL PAPELERA LTDA, la cual se insiste no es demandada en el presente proceso y, señalan que después del fallecimiento de su progenitor la demandante se encargó de la sociedad y que la veían en las instalaciones de CENTRAL PAPELERA DE COLOMBIA S.A.S.; sin embargo, esto no demuestra que prestara sus servicios para dicha sociedad, pues al ser una de las dueñas de CENTRAL PAPELERA DE COLOMBIA S.A.S. podía asistir a sus instalaciones. Tampoco se probó la concurrencia de contratos; por lo que no se encuentra probada la prestación personal del servicio para la aquí demandada; razón por la cual no es posible declarar la existencia de un contrato de trabajo como lo pretende la parte



actora en su recurso y alegatos; razón por la cual se confirmará la absolución impartida en primera instancia, pero por las razones expuestas en la parte motiva de este proveído.

Sin costas en este grado jurisdiccional.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: Sin costas en este grado jurisdiccional.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

(En Comisión de Servicios)
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 32-2020-00308-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JOSÉ LUÍS GÓMEZ CALISTO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **KARINA VENCE PELAEZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 42.403.532 y tarjeta profesional No. 81.621 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad VENCE SALAMANCA LAWYERS GROUP S.A.S., como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. LAURA NATALIA GUERRERO VINCHIRA, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.014.208.534 y tarjeta profesional No. 305.872 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Dos Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 22 de agosto del 2022.



ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante y Colpensiones.

ANTECEDENTES

El señor JOSÉ LUÍS GOMEZ CALISTO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE nulidad y/o ineficacia de la vinculación efectuada a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN el día 09 de noviembre del 2001 por cuanto existió un error de hecho que vició el consentimiento del demandante al trasladarse al RAIS; se DECLARE que nunca ha efectuado un traslado válido al RAIS y que se encuentra legalmente afiliado a COLPENSIONES. Como consecuencia se condene a la AFP PROTECCIÓN a registrar en su sistema de información que el demandante no efectuó ninguna vinculación válida a dicha administradora, por la indebida información suministrada al momento de la afiliación lo cual causó un vicio en su consentimiento; se CONDENE a la AFP PROTECCIÓN a devolver a COLPENSIONES el bono pensional y todas las cotizaciones que efectuó el demandante con los intereses en mora y la reserva del capital consolidado que se materializa al hacer efectiva la devolución de los aportes; se CONDENE a COLPENSIONES a registrar y activar la afiliación del actor y actualizar su historia laboral; se CONDENE a COLPENSIONES a reconocer pensión de vejez por ser beneficiario del régimen de transición y en aplicación del Decreto 758 de 1990 a partir del 25 de enero del 2004; se CONDENE a COLPENSIONES a pagar las diferencias resultantes entre el monto de la pensión de vejez a cargo de Colpensiones y la reconocida en el RAIS; al pago de intereses moratorios, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (ver expediente digital).



HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 24 de junio de 1954; que laboró en diferentes empresas privadas; que el 09 de noviembre del 2001 se afilió a la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN; que la AFP no le informó al momento del traslado las implicaciones de trasladarse de régimen pensional, la naturaleza del nuevo fondo, las desventajas de su afiliación al RAIS, ni le hizo un comparativo entre ambos regímenes, etc.; que durante su permanencia en el RAIS nunca recibió una asesoría; que cotizó en toda su vida laboral 1844 semanas, siendo su último salario de cotización la suma de \$15'000.000; que solicitó el pago de su pensión en el RAIS en donde se le comunicó el 20 de enero del 2017 que a partir del 01 de enero del 2017 recibiría una pensión en cuantía de \$3'875.853; que solicitó el traslado de régimen sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **PROTECCION S.A.**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 4, 14, 16, 18, 19 y 22; manifestó no constarle el 2, 3, 15, 20 y 21 y negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia de la afiliación cuando el demandante es un pensionado del RAIS. Presentó demanda de reconvención.

Por su parte, la **Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 3, 4, 20 y 21; negó el 22 y 23 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, responsabilidad sui generis de as entidades de seguridad social, sugerir un juicio de proporcionalidad y ponderación, error de derecho no vicia el consentimiento, inobservancia del



principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema, buena fe de Colpensiones, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción y la innominada o genérica

Finalmente, la **Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público** se opuso a las pretensiones de la demanda, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 4, 14, 18, 19, 20 y 21 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad jurídica del traslado de régimen por la condición de pensionado del actor, buena fe, prescripción, inaplicabilidad del precedente judicial para el caso concreto y, violación al principio constitucional de la sostenibilidad financiera.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR PROBADAS las excepciones de improcedencia de la declaratoria de nulidad y/o ineficacia de la afiliación cuando el demandante es un pensionado del RAIS formulada por PROTECCIÓN S.A., inexistencia del derecho reclamado formulada por COLPENSIONES, e imposibilidad jurídica del traslado de régimen por la condición de pensionado del actor formulado para el MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO, conforme a las consideraciones expuestas.

SEGUNDO. ABSOLVER a las demandadas y a la vinculada de todas las pretensiones incoadas por el demandante JOSÉ LUIS GÓMEZ CALISTO.

TERCERO. CONDENAR en costas al demandante y a favor de las demandadas, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un (01) smmlv.

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

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que la CSJ estableció que las pretensiones de la demanda deben estudiarse bajo la figura de la ineficacia del traslado. Que en estos casos se debe demostrar que



la entidad garantizó una decisión libre e informada al momento del traslado. Señala que la Corte ha indicado que no es posible declarar la ineficacia del traslado de las personas que ya se encuentren pensionadas, pues ya tienen un hecho jurídico consolidado como es el status de pensionado.

RECURSOS DE APELACIÓN

El **demandante** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque en su totalidad el fallo proferido en primera instancia y se accedan a las pretensiones como quiera que no se cumplió la carga probatoria exigida a la demandada; que no se probó que el fondo privado haya brindado la información necesaria al momento del traslado; que al momento de trasladarse al RAIS cumplía el status de pensionado, pues ya tenía 1000 semanas y sólo debía esperar el cumplimiento de la edad; que se le ha ocasionando un grave perjuicio; que la AFP privado no le brindó la asesoría necesaria y lo indujo a error, pues era su deber incluso desanimarlo de trasladarse; que con la firma del formulario no se evidencia que su consentimiento estuviera libre de vicio, pues no fue asesorado; que el perjuicio se evidencia en la diferencia pensional; que si bien la Corte ha negado el traslado de pensionados ha permitido el pago de perjuicios.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por el señor JOSÉ LUÍS GÓMEZ CALISTO, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP SANTANDER hoy PROTECCIÓN en el año 2001.

En este orden, como bien lo indicó la decisión de primer grado la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado



en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad el demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.



De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por el Juez de primer grado y como bien lo indica la parte recurrente, ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor José Luis Gómez Calisto, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado al RAIS en el año 2001; por lo que se debe dar por demostrado que la AFP PROTECCION S.A., fondo al que se trasladó el demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Protección.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado al demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial.

No obstante lo anterior, en el presente, no fue objeto de reparo que el señor José Luis Gómez Calisto, ostenta la calidad de pensionado, prestación que le fuera concedida por parte de la demandada PROTECCIÓN S.A., tal y como se menciona desde la demanda y lo acepta el demandante al absolver el interrogatorio de parte.

Es así como, para el caso de quienes como el actor peticionan la ineficacia del traslado pensional cuando ya adquirieron el estatus de **pensionado** en el RAIS, el criterio jurisprudencial que venía sosteniendo la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, era el señalado en sentencia 31989 del 9 de septiembre de 2008, reiterado en otras como las SL 17597 de 2017 y SL 4933 de 2019, pronunciamientos según los cuales como señala la recurrente, procedía la declaratoria de ineficacia de traslado, cuando no se comprobaba el suministro de la información pertinente en los términos antes señalados previo al acto del traslado de régimen pensional; no obstante ello, la Corporación de Cierre de esta jurisdicción se apartó del anterior criterio en mención en reciente sentencia SL373 del 10 de febrero de 2021, M.P. Clara Cecilia Dueñas Quevedo, oportunidad en que indicó que no resultaba procedente la declaratoria de ineficacia de traslado, cuando quien lo solicitaba, ostentaba la calidad de pensionado, debido a las



múltiples y complejas situaciones que habría que revertir ante los efectos de dicha ineficacia, en pronunciamiento en mención indicó:

*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)¹, **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 relevar algunas situaciones:***

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.

Si se trata de una garantía de pensión mínima, volver las cosas a su estado anterior, implicaría dejar sin piso los actos administrativos que mediaron en el reconocimiento de la garantía. Como La Nación asume el pago de dicha prerrogativa, se requeriría la intervención de la Oficina de Bonos Pensionales del Ministerio de Hacienda y Crédito Público para que defienda los intereses del Estado que se verían afectados por la ineficacia del traslado de una persona que ya tiene el status de pensionado. Esto a su vez se encuentra ligado a lo dicho acerca de los bonos pensionales, pues la garantía se concede una vez esté definido el valor de la cuenta de ahorro individual más el bono.

Ni que decir cuando el capital se ha desfinanciado, especialmente cuando el afiliado decide pensionarse anticipadamente, o de aquellos casos en que ha optado por los excedentes de libre disponibilidad (art. 85 de la Ley 100 de 1993), en virtud de los cuales recibe la devolución de una parte de su capital ahorrado. En esta hipótesis, los recursos, ya desgastados, inevitablemente generarían un déficit financiero en el régimen de prima media con prestación definida, en detrimento de los intereses generales de los colombianos.

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. (Negrilla fuera del texto original)

Conforme lo señalado en precedencia y atendiendo el carácter vinculante de la jurisprudencia proferida por el órgano de cierre de esta jurisdicción, se tiene que si bien la AFP PROTECCION, conforme el caudal probatorio recaudado, no demostró que para la fecha de afiliación del actor a esta, en el año 2001, había ilustrado a este sobre las características, condiciones, acceso, efectos y riesgos de cada uno de los regímenes pensionales, ventajas

¹ SL1688-2019, SL3464-2019



y desventajas de pertenecer a uno u otro; **no es posible** acceder a su pretensión encaminada a la declaratoria de ineficacia del traslado, ya que como se señaló, no fue objeto de reproche su calidad de pensionado, la que ostenta desde el año 2017.

Dicho estatus impide, se itera acceder a la pretensión principal con apego a reciente criterio jurisprudencial en cita, máxime cuando para el caso del actor, ostenta la calidad de pensionado desde hace más de 5 años, circunstancia que determina que retrotraer los efectos de su afiliación al RAIS como lo pretende, traería consigo una cantidad considerable de consecuencias que resultan perjudiciales para el sistema pensional, ya que su afiliación, cumplió con su objetivo principal, como lo es el acceso a una de las prestaciones propias que concede este, la prestación por vejez, y por tanto, al accederse a la pretensión de ineficacia del traslado, el sistema pensional sufriría un detrimento patrimonial.

Por lo anterior, se **confirmará** la absolución dispuesta en sentencia recurrida, pero por las razones aquí señaladas. No pudiendo estudiarse como lo pretende la parte actora indemnización de perjuicios como quiera que esta Corporación no cuenta con facultades extra y ultra petita.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, por las razones señaladas en la parte motiva de esta providencia.



SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

(En Comisión de Servicios)
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 14-2019-00916-01

ASUNTO: APELACION DE SENTENCIA

DEMANDANTE: JOSÉ RICARDO ZAMBRANO TORRES

DEMANDADO: FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, como Administradora del Fondo Nacional del Café; ASESORES EN DERECHO S.A.S., en calidad de mandataria con representación de PANFLOTA; FIDUPREVISORA como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo; AFP PORVENIR y la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar lo siguiente:

ALEGATOS

Dentro del término concedido, se recepcionaron los alegatos de la parte demandante, de la Federación Nacional de Cafeteros y de Porvenir.

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante y la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Catorce Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 02 de junio de 2022.



ANTECEDENTES

JOSÉ RICARDO ZAMBRANO TORRES, actuando mediante apoderado judicial, instauró demanda ordinaria laboral en contra de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. representada por ASESORES EN DERECHO S.A.S., AFP PROTECCION, FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFE, la FIDUCIARIA LA PREVISORA – PATRIONIO AUTONOMO PANFLOTA y la NACIÓN - MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO con el fin de que SE DECLARE que fue trabajador de la Flota Mercante Grancolombiana S.A. hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. del 01 de abril de 1977 al 09 de julio de 1990; que se declare que cumple con los requisitos exigidos por el artículo 64 de la Ley 100 de 1993 por lo que tiene derecho al reconocimiento y pago de una pensión de vejez a partir del 09 de marzo del 2016; que se condene a ASESORES EN DERECHO S.A.S mandataria con representación del Patrimonio Autónomo PANFLOTA a expedirle la resolución del bono pensional o cálculo actuarial que le corresponde por el tiempo laborado en dicha compañía; que se condene a la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como vocera y administradora del Patrimonio Autónomo PANFLOTA a pagar a la AFP PORVENIR S.A. el título pensional o cálculo actuarial por el tiempo laborado en la Flota Mercante; se CONDENE a la AFP PORVENIR a tener en cuenta el tiempo laborado en la Flota Mercante Gran Colombiana S.A. para la liquidación de su pensión de ejes; se CONDENE a la AFP PORVENIR S.A. a pagarle la pensión de vejez desde el 09 de marzo del 2016; se CONDENE a PANFLOTA a pagarle al actor perjuicios morales y materiales; se CONDENE a la AFP PORVENIR a pagarle los intereses moratorios, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.

Como pretensión subsidiaria solicita se condene a la FEDERACION NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ matriz y controlante de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. a pagarle a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR



S.A. el título pensional o cálculo actuarial que le corresponde por el tiempo laborado en la Flota Mercante Gran Colombiana; se condene a la NACIÓN – MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO a pagarle a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. el título pensional o cálculo actuarial que le corresponde al actor por el tiempo laborado en la Flota Mercante Gran Colombiana S.A.; se condene a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR a pagarle la devolución de saldos teniendo en cuenta el tiempo laborado en la Flota Mercante. (Expediente Digital).

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando entre otros que a la presentación de la demanda contaba con 65 años de edad; que se encuentra casado con la señora LUZ MARTHA PAEZ DE ZAMBRANO; que laboró para la Flota Mercante Gran Colombiana S.A. hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. mediante contrato de trabajo a término indefinido entre el 01 de abril de 1977 al 09 de julio de 1990 para un total de 4848 días que equivalen a 692.57 semanas; que dentro de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. funciona la organización sindical UNIÓN DE TRABAJADORES DE LA INDUSTRIA DEL TRANSPORTE MARITIMO Y FLUVIAL -UNIMAR; que entre la Flota Mercante y el Sindicato se firmaron convenciones colectivas de trabajo y se profirieron laudos arbitrales; que los trabajadores de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. eran afiliados al sindicato UNIMAR; que en el laudo arbitral del 16 de junio de 1977 en el cual se decidió el conflicto colectivo surgido entre el Sindicato y la Flota Mercante se señaló en el artículo 10° que las pensiones de jubilación cuyo derecho se cause a partir del 01 de agosto de 1977 se liquidarán con estricta sujeción a las disposiciones legales pertinentes con base en el promedio de los salarios devengados en los últimos doce meses de servicios prestados efectivamente; que los trabajadores tenían pactado que las pensiones de jubilación estaban a cargo del empleador Flota Mercante Grancolombiana hoy Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A.; que el laudo arbitral del



05 de noviembre de 1981 el cual decidió el conflicto colectivo surgido entre la Flota Mercante y el sindicato fue debidamente depositado en el Ministerio del Trabajo y se encontraba vigente al momento en que finalizó la relación laboral; que el accionante fue miembro del sindicato por lo que se beneficiaba de las cláusulas convencionales y laudos arbitrales; que su último cargo desempeñado fue el de TIMONEL; que su salario estaba compuesto por un salario básico, una prima de antigüedad, salario en especie y viáticos, primas extralegales y prima de beneficio; que el salario promedio mensual del trabajador era superior a los US\$1720.24 dólares; que el seguro social mediante comunicado DNJUS 0027 del 07 de enero de 1998 indicó que las primas extralegales constituían salario; que la Flota Mercante Grancolombiana no efectuó los aportes a pensiones al actor desde el 01 de abril de 1977 al 09 de julio de 1990; que el actor laboró para otras entidades privadas y cotizó a COLPENSIONES 150 semanas; que el actor está afiliado a la AFP PORVENIR; que la AFP PORVENIR no ha realizado el cobro del bono pensional o cálculo actuarial de la Flota Mercante; que presentó solicitud a las demandadas sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** contestó la demanda oponiéndose a las pretensiones 2, 5, 6, 8, 9, 10, 15 y 16, en cuanto a los hechos aceptó el 3.1, 3.2, 3.3, 3.26, 3.28, 3.29; negó el 3.36, 3.40, 3.41, 3.42, 3.44; dijo que el 3.37 y 3.38 no eran un hecho y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación pretendida en la demanda, inexistencia de aportes en la cuenta de ahorro de cargo del actor, cumplimiento de las obligaciones por parte de la AFP Porvenir, falta de legitimación por pasiva, cobro de lo no debido y compensación.

La **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA** contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó el 1.1 a 1.5, 1.8 y 1.9; negó el 1.6, 1.7, 1.10, 1.11, 1.18 a 1.21,



1.23 a 1.25, 1.27 a 1.29, 1.32, 1.34, 1.35, 1.39, 2.1, 2.5 a 2.7, 2.9 a 2.11, 2.13 a 2.27, 3.30, 3.37, 3.39 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó ausencia de responsabilidad subsidiaria en cabeza de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, inexistencia de la obligación, buena fe, falta de legitimación en la causa, prescripción, cosa juzgada, pago y compensación y la genérica.

La **FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. -FIDUPREVISORA S.A.** contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, En cuanto a los hechos aceptó el 1.29, 1.31, 1.32, 1.37, 1.39 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, imposibilidad de realizar pagos distintos a los establecidos en el contrato de fiducia mercantil, inexistencia de la obligación y la innominada o genérica.

La **NACIÓN- MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO**, contestó la demanda oponiéndose a la totalidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó el 13.33; negó el 12.21 a 2.26; dijo que el 1.1, 1.2, 1.5 a 1.9, 1.16, 1.17, 1.19, 1.20, 1.27, 1.28, 1.34, 1.38, 1.39, 1.40, 2.1, 2.14 a 2.20, 3.36 a 3.39 no son un hecho y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de indebida vinculación del Ministerio de Hacienda y Crédito Público, inexistencia de obligación alguna del Ministerio de Hacienda y Crédito Público por las pretensiones de la demanda, falta de legitimación en la causa respecto de la parte pasiva, prescripción de los derechos que se reclaman en las pretensiones de la demanda y la genérica.

La sociedad **ASESORES EN DERECHO S.A.S.** contestó la demanda oponiéndose a la tercera pretensión. En cuanto a los hechos aceptó el 1.10, 1.12, 1.27, 1.29, 1.31, 1.32, 1.36 a 1.45, 2.27, 3.1, 3.4, 3.6, 3.20, 3.31; negó el 1.13, 1.14, 1.15, 1.16, 1.17, 1.25, 1.28, 1.30, 1.46, 1.47, 3.5, 3.7, 3.25, 3.36, 3.39; dijo que el 3.37 y 3.38 no eran un hecho y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó inexistencia de la obligación pues durante casi toda la existencia de la CIFM cerrada, el ISS no había asumido los riesgos de IVM, imposibilidad jurídica y legal para



reconocer el cálculo actuarial y/o bono pensional del demandante, ausencia de presupuesto factico para la procedencia del cálculo actuarial, prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, la innominada o genérica, oposición a la condena de costas y los presuntos perjuicios irrogados al demandante.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO.- DECLARAR que la **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA**, en su condición de administradora del **FONDO NACIONAL DEL CAFÉ**, es responsable subsidiaria de la obligación de transferir mediante el procedimiento administrativo pertinente el capital adeudado a la AFP PORVENIR S.A., con base en el cálculo actuarial que este fondo elabore, que estará representado en el bono pensional correspondiente a los aportes en pensión del demandante en el período comprendido desde el 9 de abril de 1977 (sic) al 9 de julio de 1980.

SEGUNDO.- DECLARAR la obligación que tiene la AFP PORVENIR S.A. de validar la historia laboral del demandante, de las semanas correspondientes al período enunciado en el numeral anterior, una vez que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA en su calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ transfiera el capital correspondiente a los aportes pensionales ya mencionados.

TERCERO.-: ABSOLVER a las demandadas FIDUPREVISORA S.A. como administradora del PATRIMONIO AUTONOMO PANFLOTA, ASESORES EN DERECHO S.A.S. como mandataria y representación del PATRIMONIO AUTONOMO PANFLOTA, LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO y la AFP PORVENIR S.A. de las pretensiones incoadas en su contra por la parte demandante, de conformidad con lo aquí considerado.

CUARTO.- DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas por la demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA en su calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, de conformidad con la pretensión que alcanzo prosperidad y relevarse del estudio propuestas por las demás demandadas dado el carácter absolutorio de la litis frente a ellas.

QUINTO.- CONDENAR EN COSTAS a la demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS en su calidad de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ.”

Fundamenta su decisión el Juez de primer grado señalando que:



Que no está en discusión que el demandante laboró para la FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA del 01 de abril de 1977 al 09 de julio de 1990, ni que durante la relación laboral el empleador no efectuó aportes al seguro social, lo cual justificaron las demandadas en la falta de cobertura del sistema general de pensiones. Que estuvo afiliado al sindicato y se benefició de las convenciones colectivas de trabajo. Que el último salario promedio devengado por el actor fue de 1720.24 dólares; que en pesos colombianos el salario promedio era de \$874.474 (hace el cambio con el valor del dólar a 1990). Que inicialmente estaba el pago de la pensión de vejez por el empleador hasta que fuera subrogado por el ISS. Que se llamó a inscripción al seguro social obligatorio al personal de las empresas y agencias de transporte marítimo condicionando a la fecha dada por el seguro social y solo con la Resolución 3296 del 02 de agosto de 1990 se procedió a fijar la fecha de iniciación del personal de mar para el 15 de agosto de 1990, por lo que durante la vigencia de la relación laboral del demandante la FLOTA no estaba obligada a afiliarlo al sistema general de pensiones. Que no obstante lo anterior, es claro que los empleadores continuaban a cargo de las pensiones hasta que el seguro social los subrogara por lo que la ley no los eximió de su responsabilidad en materia pensional por el hecho de no haber cobertura, lo cual ha sido aclarado por la CSJ señalando que es el empleador quien debe asumir el título pensional correspondiente y debía tener previsto el capital necesario para trasladar las cotizaciones debidas. Criterio también expuesto por la Corte Constitucional. Por tanto, procede impartir condena de un cálculo actuarial. Sin que sea óbice que el demandante haya recibido una indemnización de pensión de vejez. Que la cotización solo queda a cargo del empleador. No se ordena el reconocimiento de la pensión de vejez como quiera que no ha recibido el pago del cálculo actuarial. Que al remitirnos al contrato de fiducia mercantil suscrito entre Fiduciaria y Fiduciaria la previsoras cuyo objeto fue como parte de la culminación del proceso liquidatorio la constitución de un patrimonio autónomo para administrar el pasivo pensional de la empresa incluyéndose no solo las pensiones presentes y futuras, sino cualquier acreencia que por concepto de pensión de jubilación se encontrara a su cargo designándose como beneficiarios de las fiducias a los pensionados y demás acreedores reconocidos graduados y calificados en el proceso de liquidación obligatoria de la FLOTA surtido ante la super sociedades en la cláusula duodécima se estableció que los derechos de los beneficiarios surgen para los pensionados de la compañía de inversiones desde la firma del contrato y consisten en la facultad de exigir con cargo al fideicomiso el pago de sus mesadas pensionales; que el patrimonio autónomo que se constituyó lo fue con la finalidad de pagar mesadas pensionales y aportes a la salud a los pensionados de la extinta flota mercante; que no tiene capacidad la fiduciaria la previsoras en calidad de vocera del patrimonio autónomo PANFLOTA de efectuar pagos diferentes a las mesadas pensionales y aportes a EPS a cargo de la extinta flota mercante y está afuera de su alcance asumir obligaciones distintas a las adquiridas dentro del marco del contrato de fiducia lo que conlleva a desestimar las pretensiones que contra ella se invocaron y en consecuencia las que se impetraron en contra de ASESORES EN DERECHO S.A. como mandataria con representación del patrimonio autónomo PANFLOTA que en virtud del contrato de mandato con representación suscrito por la vocera y administradora del PANFLOTA fiduciaria la previsoras sólo está en la obligación de emitir actos de reconocimiento pensional o cualquier trámite pensional de los trabajadores de la extinta flota mercante con cargo al patrimonio autónomo PANFLOTA una vez que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ gire los recursos pertinentes para dar cumplimiento a la SU 1023 del 2021 de manera tal que se imparte absolución a FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A. como vocera del patrimonio autónomo PANFLOTA y ASESORES EN DERECHO S.A. como mandataria con representación con cargo a PANFLOTA. Por lo anterior, se descende a las pretensiones subsidiarias. Indica que no hay lugar a discusión en cuanto la



condición de subordinada de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE respecto a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS en calidad de empresa matriz pues desde la expedición de la sentencia de unificación 1023 de 2021 se dejó sentada esta calidad misma que se corrobora en el plenario con el certificado de existencia y representación legal de la FLOTA MERCANTE que certifica que la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS comunicó que en su condición de administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ y con recursos de este como matriz se han configurado una situación de control con aquella, por lo que se presume que la situación que llevó a la liquidación de la compañía de inversiones se produjo por las actuaciones derivadas del control de la sociedad matriz o controlante luego a efectos de derruir la presunción señalada la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS debía demostrar que la causa de la liquidación de la FLOTA fue por motivos diferentes a las actuaciones derivadas del control en ese orden sostiene en su defensa que la situación de insolvencia tuvo su origen en situaciones de fuerza mayor o caso fortuito, pues se generó un impacto negativo que tuvo la decisión del gobierno nacional de retirar a la FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA la protección fiscal y mercantil que durante parte de su existencia le permitió afrontar las condiciones del negocio naviero y que se plasmó con la supresión a partir de 1990 de la denominada reserva de carga mediante la cual tenía la flota el derecho de exclusividad para transportar el 50% de la carga que salía e ingresaba al país; hecho que influyó en su insolvencia y que hizo que a partir del 05 de febrero de 1997 se transformara en COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA; atribuye además como causa de la liquidación los pobres resultados alcanzados por la mayoría de las sociedades en que la compañía de inversiones mantuvo una participación accionaria; que para demostrar las situaciones que permitirían concluir que la situación económica que condujo a la liquidación de la compañía de inversiones se generó por razones no atribuibles a ella la federación aportó estudio sobre la viabilidad económica y financiera de la FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA y COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE realizado en septiembre del año 2007 y en donde se evidencian los resultados negativos de la eliminación de la reserva de carga en la situación financiera de la flota, sin embargo, el impacto negativo que en la solvencia de la flota tuvo la decisión del gobierno nacional de suprimir la reserva de carga y que según aquel estudio técnico se evidenció no sólo en la pérdida de participación en el tonelaje transportado sino en los ingresos debido a la reducción de los fletes a juicio del Despacho es un argumento que queda desvirtuado por el peritazgo rendido a solicitud del juzgado 18 Laboral del Circuito y que fue decretado como prueba en el que cuando se le pide determinar si la supresión de la reserva de carga por parte del gobierno nacional incidió en el desarrollo y financiamiento del objeto social de la flota mercante el perito con base en los estados financieros concluyó que el levantamiento de la reserva de carga ordenada mediante los Decreto 501 de 1990 y 2327 del 1991 no incidió en los resultados financieros de la flota dado que por el contrario el ingreso por concepto de fletes creció entre el año 1990 a 1996 pese también a que se redujo el número de barcos. Lo que si repercutió en la FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA entre 1990 y 1997 fue la cesión de su objeto social como de la actividad naviera que poseía a la sociedad marítima transportadora gran colombiana filial de transportación marítima mexicana según convenio que se suscribió en enero de 1997 además el reparto de utilidades de 1992 que se ordenó en el acta 1601 de marzo 04 de 1993 y que se hizo para cubrir un déficit del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ tal y como se plasmó en el acta del 28 de diciembre de 1992 el comité nacional de cafeteros y para evitar impuestos ello desestimando las recomendaciones que hizo la contraloría y que indicaban que tal proceder acarrearía consecuencias funestas para la empresa en un futuro aspectos que también incidieron según el experticia de inviabilidad de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. por la que cambió su nombre la



flota a partir de febrero de 1997 como se evidencia en el certificado de existencia y representación legal aunado a ello a las utilidades negativas desde el 89 hasta el 2004 a excepción del 1992 y del 2002 ocasionada en partes por la participación accionaria de la flota en otras filiales y si bien como se dejó plasmado en ese peritaje se acreditó que las asambleas de accionistas o juntas directivas como órganos de dirección y administración de los negocios sociales de la compañía de inversiones de la FLOTA MERCANTE adoptaron medidas tendientes adoptar su situación financiera no se obtuvieron los resultados deseados por la falta de liquidez distribución de utilidades y pago a proveedores internacionales lo que llevó a la cesación de pagos de mesadas pensionales y seguridad social y en últimas a que en asamblea de accionistas celebrada en septiembre de 1999 se adoptara la decisión de liquidación voluntaria de la empresa que fue aprobada por el comité nacional de cafeteros como órgano de dirección del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ según contrato de administración escrito por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS y en esa medida las decisiones que los órganos de dirección de la flota que estatutariamente eran responsables de preservar la estabilidad financiera de la empresa y sus trabajadores contrariamente adoptaron decisiones que contribuyeron a la inviabilidad de la empresa tales como que aprobaron la cesión tanto del objeto social como de la actividad laboral de la flota, aprobaron la venta progresiva de los bancos, el reparto de utilidades en 1992 que descapitalizó a la empresa lo cual incidió negativamente en la situación financiera de la flota mercante y conllevaron inexorablemente a la situación de insolvencia o de liquidación de la flota mercante de manera que ningún sustento tiene lo afirmado por la federación al sostener que en el proceso concursal iniciado por la extinta compañía de inversiones no fue ocasionado por decisiones de la federación de manera entonces que no fueron acreditados por la demandada FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS los hechos en que fundó su defensa no logró derruir la presunción establecida que dispone que la situación concursal en la que se halla la subordinada fue producto del control ejercido por la matriz. Así las cosas, se declara que la liquidación obligatoria de la sociedad controlada se produjo con ocasión de las actuaciones realizadas por la federación nacional de cafeteros en su calidad de administradora del fondo nacional del café como sociedad matriz y en consecuencia, cabe declarar que es responsable subsidiaria de la obligación de transferir mediante el procedimiento administrativo pertinente el capital pertinente a PORVENIR S.A. con base en el cálculo actuarial que elabore aquella y que estará representado en un título pensional por el período comprendido entre el 1977 y 1990 y PORVENIR S.A. tendrá la obligación de validar con la historia laboral del demandante a las correspondientes en los términos del ya citado artículo 33 de la ley 100 de 1993 por cuanto ha sostenido la CSJ en ese período la obligación radicaba en cabeza del empleador. Se declaran no probados los medios exceptivos propuestos.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandante** recurrió solicitando se adicione que por el tiempo laborado por el demandante efectivamente procede el pago del cálculo actuarial conforme lo ha establecido la CSJ siendo la última sentencia la SL 1645 del 2022, el cual debe liquidarse con el último salario devengado en cumplimiento al parágrafo del artículo 4° del Decreto 1887 y, tal y como lo estableció el Despacho con todos los factores salariales y, para ello



sustentado en la sentencia de la sala plena de la CSJ del 11 de mayo del 2022 que resolvió un caso exactamente igual al aquí planteado en el cual indica la CSJ con Ponencia del Dr. Gerardo Botero Zuluaga SL 1616 -2022 que todos los factores salariales deben incluirse para efectuar el cálculo por parte de Porvenir. Que si bien es cierto, que la responsabilidad subsidiaria es de la matriz y controlante, no es menos cierto, que el Juez del concurso en una ambigüedad total se inventó para poder cerrar la liquidación un patrimonio autónomo sin plata que maneja la FIDUPREVISORA y, después de cerrado lo reabrió para nombrar una mandataria con representación que hoy es asesores; que se han inventado por parte de la federación que para poder expedir ese cálculo actuarial y poderle pagar a PORVENIR una vez se efectúe el cálculo actuarial tendrá que emitirse un acto administrativo y el Juez del concurso dijo que tenía que expedirlo ASESORES EN DERECHO y que quien debe pedirle la plata para que se pague ese cálculo actuarial es la FIDUPREVISORA y, que la CSJ ha señalado que ese es el procedimiento que se debe cumplir; que la federación debe pagar con el último salario. Que debe revocarse la sentencia en cuanto a que no accede a las demás pretensiones de la demanda; que en primer lugar, hubo mala fe, falta de diligencia por parte de la demandada PORVENIR porque cuando le hace la devolución de los aportes le indica al demandante que los tiempos de la flota no valen y ni siquiera cumple el ordenamiento jurídico que era tramitar ese bono pensional de ese tiempo laborado y no cotizado, pero tampoco le hace el análisis la proyección del cálculo para verificar si tiene una posible pensión lo que hace es devolverle los aportes y, decirle que ya no tiene derecho a nada más cuando tiene un derecho pensional latente con el tiempo de la flota mercante y con la proyección matemática; que ahí faltó a ese deber y a ese cumplimiento de la sentencia sobre todo el artículo 9° del Decreto 832 de 1996 tal y como lo indicó la Corte en la sentencia SL 4744 del 2021 contra esa misma demandada que ahí le indica que debió realizar un análisis de esa proyección de ese cálculo y si no tenía los dineros debió habérselos pedido al fondo de garantía y haberle dado una pensión mínima mientras se establecía el real bono el pago del bono pensional por parte de la matriz y controlante y no negarle el derecho pensional por lo que debe revocarse la sentencia y en su lugar acceder a la pensión solicitada porque



el señor tiene derecho con los dineros y la proyección matemática que hoy son más de \$600 millones debió haberle estudiado esa posible pensión y haberle dado si quiera una pensión mínima, pues así lo indica la Corte; solicita se revoque la sentencia donde no se accedió a la pensión ni a los intereses moratorios; que conforme la jurisprudencia proceden los intereses moratorios porque se encuentra la mala fe y la negligencia por parte de PROTECCIÓN que todas las accionadas deben seguir vinculadas y que el MINISTERIO por ser el dueño de la cuenta debe continuar demandado porque si no responde el FONDO NACIONAL DEL CAFÉ o se llega acabar debe responder el ministerio tal y como lo ha indicado el Consejo de Estado. Que todas las demandadas deben ser condenadas en costas.

Por su parte, la **Federación Nacional de Cafeteros** interpuso recurso de apelación solicitando se revoque la totalidad de las condenas impuestas. Indica que se aparta del análisis realizado por parte del fallador de primera instancia respecto de la figura de la responsabilidad subsidiaria, pues contrario a lo manifestado en la sentencia se estima que el material probatorio allegado por la Federación en su condición de administradora del Fondo Nacional del Café si resulta suficiente para desvirtuar la presunción del parágrafo del art. 48 de la ley 222 de 1995; que en virtud del material probatorio arrimado por parte de esta demandada al plenario resulta posible concluir que la situación concursal y la liquidación de la compañía de inversiones de la flota nada tuvo que ver con una decisión adoptada por parte de la Federación buscando un beneficio propio o buscando causarle un perjuicio a la entidad finalmente liquidada. Que se ruega que a la hora de realizar el estudio que se solicita sea efectuado se considere que bajo ninguna circunstancia se puede advertir la adopción de una decisión tendenciosa, pues acciones como la cesión del objeto social o la modificación de la razón social de la desaparecida flota mercante obedece a circunstancias que venían acaeciendo de vieja data como es el hecho de que la flota no obtenía utilidades de su negocio principal que era el negocio marítimo desde 1959 y, por el contrario sus negocios no operativos como las inversiones financieras y los ingresos por ventas en virtud de las acciones que motivaron a que se diversificaran las inversiones de la extinta compañía



se constituyeron en una verdadera fuente de ingresos contrario a lo que se menciona en el fallo. Que tampoco se puede decir que el reparto de utilidades efectuado haya sido el detonante de la situación liquidatoria de la desaparecida compañía ya que primero que todo esta acción resulta perfectamente legítima y la acción fue recomendada para amortiguar una serie de situaciones de índole tributario que debían ser evitadas a toda costa; que adicionalmente como un hecho eximente de la configuración de la presunción aludida debe mencionarse que todas las decisiones adoptadas al interior de la compañía de la Flota Mercante, si bien se percibe fueron adoptadas obrando y operando la mayoría accionaria de la representada las mismas nunca fueron expuestas ya que toda decisión toda medida se adoptaba con la aquiescencia de los accionistas minoritarios, por lo tanto, jamás se puede hablar de medidas o decisiones tendenciosas; solicita se tenga en cuenta la naturaleza parafiscal y la destinación específica de la cual gozan los recursos que hacen parte del Fondo Nacional del Café; que tenga en cuenta la institucionalidad que se encuentra establecida respecto de dicho fondo y que una de las materias a dilucidar dentro de las diligencias es entre otras advertir que no existe la figura de una mandataria ya que la Federación tan solo funge como administradora del fondo nacional del café y no es independiente en la toma de decisiones al interior del mismo ni en la destinación que se le da a los recursos de ese fondo; que se tenga en cuenta el concepto de la sala de servicio civil del Consejo de Estado del 15 de febrero del 2001 en la que se indica que no es dicha entidad la encargada de responder por las obligaciones no satisfechas de la extinta compañía. Que como segundo aspecto de inconformidad hizo muy bien el Despacho de primera instancia en ubicarse temporalmente; que estaba en cabeza del empleador asumir la pensión pero para la fecha en que terminó la relación laboral que no se configuró ni siquiera una expectativa pensional, por lo que no se generó obligación alguna y, por tanto, habrá de declararse que cumplió con sus deberes en materia pensional respecto de su ex empleador; que debemos reconocer la evolución en pensiones del sistema de seguridad social pero dichos avances no pueden ser la excusa para incrementar las obligaciones que en determinado momento se encontraban en cabeza de determinado empleador; que no puede validarse que las obligaciones se



aumenten en virtud de esta evolución del principio de seguridad social; que como lo venía diciendo resultan perfectamente rescatables pero no pueden convertirse en una excusa para incrementar obligaciones que tal postura ha sido reiterada; que en múltiples salvamentos la CSJ ha indicado posiciones interesantísimas; que la postura de la jurisprudencia es posterior a la terminación del contrato por lo que no se puede imponer obligación al empleador; que este caso se falla con base en jurisprudencia pero que hay que tener en cuenta que la jurisprudencia no es de aplicación automática como quiera que el órgano de cierre de la jurisdicción se ha encargado de establecer una serie de requisitos para determinar la operatividad de la solución ofrecida en ese orden de ideas debe entenderse que en sentencias como la SL 606-2019 se deja perfectamente claro que la obligación cobra vigencia en la medida en que sea necesario para la consecución de una pensión que en este caso esa hipótesis no se cumple que el verdadero llamado a responder por las obligaciones que aquí se pretenden es el patrimonio autónomo que al liquidarse se estableció a quienes deben acudir las personas que aspiren a un derecho pensional siendo el llamado principal el patrimonio autónomo por lo que pide que se revise las obligaciones que debe asumir cada uno de los accionados; que se revisen los factores de salario a tener en cuenta pues no puede ser el último salario sino los salarios periódicamente recibidos respetando los toques máximos asegurables y, que se autorice el descuento de los días que estuvo en licencias no remuneradas; que se revoque la condena en costas, pues no se aprecian como generadas dentro del proceso y fue resuelto en aplicación de un precedente jurisprudencial y no fue basado en un proceder defraudatorio

Finalmente, **PORVENIR S.A.** señala que se indica en la sentencia que no prosperan las excepciones de porvenir, sin embargo, una específica atañe a que la devolución de saldos que acepta recibió el actor en caso de condenarse a algún pago deberá devolver los saldos que recibió, porque la juez dice que debe porvenir debe habilitar y validar las semanas y, esos dineros que el demandante recibió deben volver para poder tenerlos en cuenta al momento de revisar si tiene un derecho pensional que se debe devolver con los rendimientos que se hubieran generado y 2) porque se



condena a porvenir a realizar el cálculo correspondiente; hecho que ya ha sido debatido y superado jurisprudencialmente y, esa carga no le es oponible al fondo de pensiones porque el fondo de pensiones desconoce todos los datos que tiene que ver con la elaboración de ese cálculo en forma económica por lo que tiene la facultad de hacerlo es el empleador y no porvenir

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá los recursos de apelación interpuestos por las partes de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C.P.T. y de la S.S.

Los problemas jurídicos que centran la atención de la Sala consisten en establecer: (i) si el señor JOSÉ RICARDO ZAMBRANO TORRES tiene derecho a que se paguen, mediante cálculo actuarial, los aportes que correspondan por tiempos que laboró para la FLOTA MERCANTE GRANCOLOMBIANA entre el 01 de abril de 1977 al 09 de julio de 1990, y de ser procedente, (ii) las entidades que tienen a cargo el pago del cálculo actuarial que corresponde por los tiempos laborados para la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante en Liquidación Obligatoria; (iii) los parámetros bajo los cuales se debe efectuar su reconocimiento, (iv) si hay lugar al reconocimiento de la pensión de vejez por parte de la AFP PORVENIR, para lo cual se definirá los parámetros bajo los cuales se debe reconocer la prestación y la procedencia de los intereses moratorios que reclama la parte actora y, (v) si se deben imponer condena en costas.

Sea lo primero indicar que, en el presente caso, no existe discusión en cuanto a la prestación de servicios del señor JOSÉ RICARDO ZAMBRANO TORRES en favor de la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE bajo contrato de trabajo, entre el 01 de abril de 1977 al 09 de julio de 1990, lo cual se corrobora con el contrato de trabajo y, el acta de la audiencia de conciliación. (Ver expediente digital) Y así lo expreso la falladora de primera instancia en la audiencia tal y como se verifica en el audio, sin embargo, al existir un error de digitación en el acta se hará la



corrección en la parte resolutive de este proveído con el fin de evitar traumatismos.

Ahora, en cuanto a la solicitud de descontar los días no laborados por el accionante, debe decirse que es un hecho nuevo que no fue debatido, pues al contestar la demanda la Federación Nacional de Cafeteros nada dijo al respecto dentro de sus excepciones ni al contestar los hechos de la demanda, por tanto, en esta instancia no se puede realizar ningún pronunciamiento.

Tampoco se discute que el trabajador no fue afiliado al INSTITUTO DE SEGUROS SOCIALES por la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE durante la relación laboral, pues solo a partir del 15 de agosto de 1990 se dispuso la inscripción en el régimen de los seguros sociales obligatorios para el personal de mar que laboraba en las empresas y agencias de transporte marítimo, conforme lo establecido en la Resolución expedida por el ISS No. 3296 del 2 de agosto de 1990.

Calculo actuarial por omisión en los aportes

Como ya se dijo, no fue objeto de reproche que durante la vigencia de la relación laboral demostrada, el actor no tuvo cobertura para los riesgos de invalidez, vejez y muerte, por cuanto como en efecto lo señala el recurrente, para la fecha de los extremos temporales antes señalados, esa demandada no estaba llamada a afiliar a sus trabajadores al ISS; al respecto, procede señalar a esta parte que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, Alta Corporación, que en reciente pronunciamiento SL 1602-2022, reiteró criterio según el cual, en los casos de falta de afiliación a los riesgos de vejez, invalidez y muerte previa cobertura por parte del Instituto de los Seguros Sociales, estaba en cabeza del empleador, asumir la reserva para el cubrimiento de los mismos



y de no haberlo hecho le correspondía efectuar el pago del cálculo actuarial a que haya lugar, así lo indicó en dicho pronunciamiento:

“Al respecto se impone recordar, que por virtud de la evolución normativa y jurisprudencial, reflejada en el artículo 76 de la Ley 90 de 1946; los Decretos 1887 de 1994 y 3798 de 2003; los artículos 33 de la Ley 100 de 1993 y 9 de la Ley 797 de 2003, en armonía con los principios de universalidad, unidad e integralidad, que presiden la seguridad social, la Corte consolidó el criterio vigente y expuesto en la sentencia CSJ SL9856-2014, eliminando la inmunidad que se otorgaba al empleador que no afiliaba a sus trabajadores por falta de cobertura en un determinado territorio.

*En su lugar, **estableció que, en estos lapsos de omisión, los empleadores, a pesar de que no actuaran de manera negligente, debían asumir el riesgo pensional frente a sus trabajadores, por cuanto respecto de ellos se mantenían determinadas obligaciones y responsabilidades.***

En efecto, conforme se esbozó en la sentencia CSJ SL5109-2019,

[...] el empleador, que no afilie a su trabajador al sistema de seguridad social, incluso debido a la falta de cobertura del ISS debe responder por las obligaciones pensionales frente a sus trabajadores (CSJ SL5790-2014, CSJ SL4072-2017 y SL14215-2017), máxime cuando se trata de períodos en que aquellas estaban a su cargo (CSJ SL17300-2014, CSJ SL4072-2017, CSJ SL10122-2017, CSJ SL5541-2018 y CSJ SL3547-2018) y, por tanto, deben asumir el título pensional correspondiente a efectos del reconocimiento de la pensión de vejez (CSJ SL9856-2014, CSJ SL17300-2014, CSJ SL14388-2015, CSJ SL10122-2017, CSJ SL15511-2017, CSJ SL068-2018, CSJ SL1356-2019 y CSJ SL1342-2019).

Lo anterior, ya que la reserva actuarial tiene por objetivo cubrir los períodos no cotizados, integrando el capital que se requiere para que el sistema reconozca y pague la pensión, perfeccionando de este modo «[...] la subrogación de un riesgo que anteriormente asumía el empleador», pues,

*[...] los trabajadores que no pueden verse perjudicados por la falta de cobertura del ISS, especialmente, tratándose de períodos realmente laborados y que, como tales, deben tenerse en cuenta para efectos pensionales. **Por lo anterior, cuando no fue posible la afiliación, lo pertinente es que el empleador pague el título pensional para que se integre el capital que se requiere para el otorgamiento de la pensión de vejez.***

Además, porque la Corporación no ha aplicado los condicionamientos del literal c) del inciso 1° y el 2° del párrafo 1° del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, modificado por el 9 de la Ley 797 de 2003, según los cuales, para el cálculo de densidad pensional, tendiente al reconocimiento de la prestación de vejez, se debe tener en cuenta «El tiempo de servicio como trabajadores vinculados con empleadores que antes de la vigencia de la Ley 100 de 1993 tenían a su cargo el



reconocimiento y pago de la pensión, siempre y cuando la vinculación laboral se encontrara vigente o se haya iniciado con posterioridad a la vigencia de la Ley 100 de 1993».

Por cuanto este precepto debe leerse en «[...] consonancia con la vocación del sistema general de pensiones de proteger a la totalidad de los trabajadores subordinados, con la exclusión de los de regímenes expresamente exceptuados», es decir, teniendo en cuenta la «[...] variedad de situaciones en las que el empleador tuvo o tenía a su cargo el deber de reconocer y pagar el derecho pensional», dentro de las cuales están aquellos a quienes no se les había convocado a efectuar la afiliación al ISS por falta de cobertura.

En tal sentido lo reiteró en la sentencia CSJ SL2590-2020, al concluir que,

[...] se impone recordar, que para la habilitación del tiempo servido a empleadores que antes de la Ley 100 de 1993, tenían a cargo sus propias pensiones, el literal c) del artículo 33 de esa normativa, debe ser entendido en el sentido que no es necesario que el contrato de trabajo estuviera vigente al momento de la entrada en vigor de la mencionada disposición, puesto que tal exigencia contraría los postulados de la seguridad social y, por esa razón debe ser inaplicable.

La solución otorgada a casos como el presente, en el sentido de que el empleador debe trasladar a la entidad de seguridad social la reserva actuarial correspondiente, conforme se anotó en la sentencia CSJ SL2353-2020, es la que resulta más adecuada a los intereses de los afiliados, pero también la más coherente con los objetivos y principios del sistema y la distribución de responsabilidades entre sus integrantes.

Así lo sostuvo la Corte en la decisión señalada, tras aducir, i) que esta doctrina encuentra pleno apoyo en la evolución de la normatividad; ii) se acopla a los principios de universalidad, unidad e integralidad que, en el sentido amplio del término, propende por un sistema único, articulado y coherente y iii) está pensada en eliminar la dispersión de modelos y responsables del aseguramiento que se tenía con anterioridad.”. (Negrilla fuera del texto original)

Conforme criterio jurisprudencial en cita, estaba en cabeza del empleador asumir el riesgo pensional de sus trabajadores, cuando no estaba llamado a efectuar cotizaciones en favor de estos a entidad de seguridad social alguna, no quedando otro camino que el cubrimiento de la contingencia de vejez a su cargo, mediante cálculo actuarial, no pudiéndose desconocer la prestación del servicio del demandante de la que deriva la obligación de salvaguardar su derecho a adquirir prestación pensional y si bien para la data en que tuvo lugar la relación laboral demostrada, la asunción del riesgo pensional, se encontraba en cabeza del empleador, lo cierto es que en el caso del actor, la demandada no le otorgó derecho pensional alguno en los



términos del entonces vigente artículo 260 del CST, no pudiéndose desconocer, se itera, los periodos laborados por este a favor de la demandada para construir la prestación pensional conforme la normatividad ahora vigente.

Aunado a lo anterior, ha dicho la Corte entre otras en la sentencia SL 529 del 14 de febrero de 2022 en la cual reiteró lo expuesto en la sentencia SL 3606-2021 que en estos casos no era necesario que el contrato de trabajo se encontrara vigente al momento de entrada en vigencia la Ley 100 de 1993. Así lo dijo la Corte:

“[...] la circunstancia de que el contrato de trabajo no hubiera estado vigente para el momento de la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 no resulta relevante ni trascendente para la aplicación de la solución brindada por esta normatividad a este tipo de eventos, en cuanto a tener en cuenta tiempos laborados y no cotizados por falta de cobertura, a través de un cálculo actuarial.

En efecto, la Sala, en la sentencia CSJ SL2138-2016, sostuvo que «ese presupuesto de vigencia del contrato de trabajo, en una época determinada, deviene innecesario y contrario a los postulados de la seguridad social que ya se han reseñado, pues la obligación de afiliación es permanente e incondicional, a la vez que encuentra su causa en la prestación de los servicios del trabajador (CSJ SL, 30 sep. 2008, Rad. 33476), sin que en ello influya, en principio, la época en la que se mantuvo vigente la relación laboral», consideraciones que han sido reiteradas más recientemente en las sentencias CSJ SL3995-2019 y CSJ SL2584-2020.”

Por tanto, es claro que acertó la falladora de primera instancia cuando condenó al empleador a pagar el correspondiente calculo actuarial, no siendo de recibo el argumento del apoderado de la Federación Nacional de Cafeteros cuando señala que el precedente jurisprudencial sólo se aplica cuando el tiempo de servicios reclamados es necesario para la consecución de una pensión, pues la Corte no hizo tal distinción.



En relación con la proporción en que se debe efectuar el pago del cálculo actuarial a que se condenó, debe ser asumido en su totalidad por el empleador del actor para el periodo laborado, como quiera que la Sala Laboral de la Corte ha precisado, claramente, que el trabajador no participa como deudor en la obligación de pagar el cálculo actuarial por los tiempos durante los cuales no hubo una afiliación al Sistema de pensiones (sentencias SL 2584-2020, SL4921-2001, SL3867-2021 entre otras), siendo pertinente **confirmar** la sentencia objeto de estudio en este aspecto.

Entidades a cargo del pago del cálculo actuarial

En el presente caso, se debe tener en cuenta que la empleadora del demandante lo fue la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE, la cual fue liquidada conforme se evidencia en el Auto N° 400-015977 de 24 de septiembre de 2013 expedido por la Superintendencia de Sociedades, por tanto, se hace necesario definir cual o cuales son las entidades encargadas del reconocimiento y pago del cálculo actuarial del demandante, como quiera que las demandadas no se encuentran conformes con lo decidido por el fallador de primera instancia.

Lo primero que se debe indicar, es que la FIDUPREVISORA S.A. suscribió contrato de fiducia mercantil con la compañía de inversiones de la FLOTA MERCANTE S.A. en liquidación obligatoria, a raíz del cual se constituyó el PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA con los recursos y bienes que le fueran remitidos por la Flota Mercante. Dicho patrimonio se constituyó con la finalidad de que *“la FIDUCIARIA administre tales recursos y los destine al pago de las mesadas pensionales a cargo de la FLOTA, administre las contingencias jurídicas que le sean entregadas, y atienda los gastos necesarios para cumplir estos objetivos”*; razón por la cual en este tipo de procesos se vincula a la FIDUPREVISORA como vocera y administradora del patrimonio autónomo, es decir, de los recursos que le transfirió la Flota Mercante, siendo dicha entidad quien tiene a su cargo el pago del cálculo



actuarial con cargo a los recursos del patrimonio autónomo, por lo que se equivocó la falladora de primera instancia al señalar que era la Federación Nacional de Cafeteros la responsable de dicho pago, sin especificar que inicialmente la responsable del pago es la FIDUPREVISORA como vocera y administradora del patrimonio autónomo, por lo que se adicionara la sentencia apelada.

Siendo claro que tal y como quedó establecido en la cláusula quinta del contrato de fiducia mercantil, la FIDUCIARIA no está obligada a asumir ninguna obligación que se imponga en contra del patrimonio autónomo PANFLOTA con sus propios recursos, pues en caso de que exista ausencia de recursos para asumir el pago de las obligaciones impuestas sobre el patrimonio autónomo PANFLOTA será la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ quien asuma la obligación de suministrar los recursos necesarios para que se puedan satisfacer las obligaciones a su cargo.

Lo anterior tiene sustento en la sentencia de la Corte Constitucional SU-1023 de 2001 y la sentencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia SL 471 de 2019, en las cuales se concluyó la responsabilidad subsidiaria de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, frente a las obligaciones de la extinta FLOTA MERCANTE, en atención a la presunción legal de responsabilidad subsidiaria de la entidad matriz o controlante sobre las obligaciones de la sociedad controlada que establece el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995.

En la sentencia SU-1023 de 2001 la Corte Constitucional explicó lo siguiente:

“De acuerdo con la ley y según la información que obra en el expediente, la Federación Nacional de Cafeteros, como administradora del Fondo Nacional del Café, es la entidad matriz o controlante de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante – CIFM, en liquidación obligatoria.

De un lado, el 80% de la propiedad accionaria de la CIFM fue adquirida por la Federación Nacional de Cafeteros, con recursos del Fondo Nacional del Café, lo cual implicó que tuviera una



representación mayoritaria en la Junta Directiva de aquella Compañía.^[7] (C. de Co. Art. 437).

De otro lado, el artículo 27 de la Ley 222 de 1995 consagra los supuestos en los cuales opera la presunción de subordinación de una sociedad. Dice este artículo:

ARTÍCULO 27. Presunciones de Subordinación. El artículo 261 del Código de Comercio quedará así:

Artículo 261. Será subordinada una sociedad cuando se encuentre en uno o más de los siguientes casos:

1. Cuando más del cincuenta por ciento (50%) del capital pertenezca a la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de sus subordinadas, o de las subordinadas de éstas. Para tal efecto no se computarán las acciones con dividendo preferencial y sin derecho a voto.

2. Cuando la matriz y las subordinadas tengan conjunta o separadamente el derecho de emitir los votos constitutivos de la mayoría mínima decisoria en la junta de socios o en la asamblea, o tengan el número de votos necesario para elegir la mayoría de miembros de la junta directiva, si la hubiere.

3. Cuando la matriz, directamente o por intermedio o con el concurso de las subordinadas, en razón de un acto o negocio con la sociedad controlada o con sus socios, ejerza influencia dominante en las decisiones de los órganos de administración de la sociedad.

Parágrafo 1. Igualmente habrá subordinación, para todos los efectos legales cuando el control conforme a los supuestos previstos en el presente artículo, sea ejercido por una o varias personas naturales o jurídicas de naturaleza no societaria, bien sea directamente o por intermedio o con el concurso de entidades en las cuales éstas posean más del cincuenta por ciento (50%) del capital o configure la mayoría mínima para la toma de decisiones o ejerzan influencia dominante en la dirección o toma de decisiones de la entidad.

Parágrafo 2. Así mismo, una sociedad se considera subordinada cuando el control sea ejercido por otra sociedad, por intermedio o con el concurso de alguna o algunas de las entidades mencionadas en el parágrafo anterior.^[8]

Así mismo, la condición de matriz o controlante fue expuesta por el Gerente General de la Federación en el oficio de 29 de abril de 1998, dirigido a la Cámara de Comercio de Bogotá, en el cual afirmó:

2.- En su condición de administradora del Fondo Nacional del Café y con recursos de éste, la Federación tiene el ochenta por ciento (80%) de las acciones de la sociedad actualmente denominada Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., la cual fue constituida bajo el nombre de Flota Mercante Grancolombiana S.A. (...) La mencionada sociedad pasó a tener su nombre actual, de conformidad con la reforma estatutaria contenida en escritura



pública número 513 del 5 de febrero de 1.997, de la Notaría 18 de esta ciudad.

3.- Dado lo expresado en el punto anterior, la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. se encuentra en la situación de subordinación establecida en el por el (sic) artículo 27 de la ley 222 de 1.995, respecto de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, en tanto ésta obra en su condición de administradora del Fondo Nacional del Café, por cuanto, en la condición dicha, es titular de más del cincuenta por ciento (50%) de las acciones de la mencionada sociedad anónima.

Por lo tanto, la **Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A.** es una filial de la Federación, en cuanto ésta obra como administradora del Fondo Nacional del Café.

4.- En consecuencia, para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 30 de la ley 222 de 1.995, mediante el presente documento se procede a inscribir en el registro mercantil la mencionada situación de control.^[9]

En consecuencia, existe subordinación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, en liquidación obligatoria, frente a la Federación Nacional de Cafeteros, la cual se traduce, en las condiciones que señalan el artículo 27 y el parágrafo del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, en la presunción de responsabilidad subsidiaria de la Federación por las obligaciones de la CIFM. Se reitera, en los términos de la sentencia C-510 de 1997, M.P. José Gregorio Hernández Galindo, que “no se trata de una responsabilidad principal sino subsidiaria, esto es, la sociedad matriz no está obligada al pago de las acreencias sino bajo el supuesto de que él no pueda ser asumido por la subordinada, lo que, unido a la hipótesis legal de que las actuaciones provenientes de aquélla tienen lugar en virtud de la subordinación y en interés de la matriz o de otras subordinadas, apenas busca restablecer el equilibrio entre deudor y acreedores, impidiendo que éstos resulten defraudados”.

16. Desde otra óptica, la Federación Nacional de Cafeteros se opone a la afectación de los recursos del Fondo Nacional del Café y/o de la Federación para asumir el pago de las mesadas a favor de los pensionados de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, pues considera, frente a la afectación de los recursos del Fondo, que se trata de recursos parafiscales, los cuales pueden destinarse únicamente a los fines que señale la ley sin que en ellos se encuentre el pago de pasivos pensionales; de otra parte, frente a la vinculación de la Federación, expresa que no existe ningún vínculo laboral entre la Federación Nacional de Cafeteros y los trabajadores o los pensionados de la Flota Mercante.

Sin embargo, la Corte no admite este argumento pues existen dos presupuestos fácticos, acordes con la naturaleza de las rentas parafiscales, que permiten la afectación de los recursos de la Federación Nacional del Café - Fondo Nacional del Café en esta oportunidad. En primer lugar, las inversiones efectuadas por la Federación Nacional de Cafeteros en la Flota Mercante tuvieron



como finalidad el desarrollo de actividades inherentes al fomento y/o beneficio del sector cafetero del país, en tanto se realizaron a su favor actividades de mercadeo, transporte y comercialización del café colombiano, y las inversiones en la Flota Mercante así lo evidenciaron en su momento. En segundo lugar, la teoría de las rentas parafiscales referida a inversiones en las actividades que señale la ley tiene una relación de doble vía, comprendida como la oportunidad que tienen los destinatarios de beneficiarse de las rentas o utilidades que genere su inversión y el derecho a la posterior destinación dentro de los amplios parámetros que señala la ley, la cual genera a su vez, en sentido contrario, la obligación de asumir las cargas que se surjan en el proceso.”

Por su parte, la Corte Suprema de Justicia se pronunció en la sentencia SL 3780-2022 indicando en lo que respecta a este tema que:

“Ahora bien, en punto a la responsabilidad subsidiaria de la Federación Nacional de Cafeteros, como administradora del Fondo Nacional del Café, la decisión recurrida coincide con la línea trazada por esta corporación en casos en que se ventilaron situaciones semejantes, que vinculan a dichos entes con los trabajadores de la entonces Flota Mercante Grancolombiana S.A. donde se dejó plasmado que la llamada a responder por el valor del cálculo actuarial es la recurrente en forma subsidiaria, por ser la administradora del Fondo Nacional del Café.

Así, por ejemplo, en sentencia CSJ SL4820-2020, la cual fue reiterada por esta Sala, en la decisión CSJ SL5489-2021, que conoció de un asunto similar al aquí planteado, se precisó lo siguiente:

Pues bien, para dar respuesta al recurrente, debe señalarse, que el artículo 148 de la Ley 222 de 1995, en el cual se fundó en parte el fallo del juez colegiado, es del siguiente tenor:

ART. 148.Acumulación procesal. Cuando simultáneamente con el trámite del concordato y antes de ser aprobado el acuerdo, se adelanten concordatos de otras entidades vinculadas entre sí por su carácter de matrices o subordinadas, o cuyos capitales estén integrados mayoritariamente por las mismas personas, sea que éstas obren directamente o por conducto de otras personas jurídicas, de oficio o a solicitud de cualquiera de los acreedores o del deudor, la Superintendencia de Sociedades decretará la acumulación de ellos, mediante el trámite que para la acumulación de procesos establece el Código de Procedimiento Civil.

PARAGRAFO. Cuando la situación de concordato o de liquidación obligatoria haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de ésta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en concordato, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquélla. Se presumirá que la sociedad se



encuentra en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que ésta fue ocasionada por una causa diferente. (Negrillas fuera del texto original).

De igual forma, la Ley 1116 de 2006, que derogó el Título II de la Ley 222 de 1995, si bien para el momento de los hechos aquí debatidos aún no estaba vigente, en su artículo 61, dispone:

ARTÍCULO 61. DE LOS CONTROLANTES. Cuando la situación de insolvencia o de liquidación judicial, haya sido producida por causa o con ocasión de las actuaciones que haya realizado la sociedad matriz o controlante en virtud de la subordinación y en interés de esta o de cualquiera de sus subordinadas y en contra del beneficio de la sociedad en reorganización o proceso de liquidación judicial, la matriz o controlante responderá en forma subsidiaria por las obligaciones de aquella. Se presumirá que la sociedad está en esa situación concursal, por las actuaciones derivadas del control, a menos que la matriz o controlante o sus vinculadas, según el caso, demuestren que esta fue ocasionada por una causa diferente. (Negrillas fuera de texto original).

Conforme al texto de las disposiciones transcritas, se infiere que en ellas se consagró una presunción especial de orden legal, en el sentido de que el estado concursal o de liquidación obligatoria de una empresa subordinada, surge como consecuencia de las actuaciones realizadas por la sociedad matriz, las que se derivan de los actos de control ejercidos por esta última; de igual forma, previó este precepto, que corresponde a la compañía controlante, desvirtuar tal presunción, demostrando que esta fue ocasionada por causas diferentes a su proceder.

De la lectura de la providencia confutada, se observa que el juez de segundo grado, una vez concluyó que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, fungía como entidad controlante o matriz, respecto de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., lo que no es objeto de controversia, le atribuyó responsabilidad subsidiaria, tomando como presupuesto para ello, la presunción legal en el artículo 148, esto es, que el estado de liquidación obligatoria, provenía de los actos de control que aquella ejerció, sosteniendo además, que ello no fue desvirtuado por parte de la recurrente, al no aparecer acreditadas en el expediente, situaciones que así lo indicaran.

[...]

Los aspectos antes señalados, es decir la calidad de matriz o controlante que admite tener la Federación sobre la CIFM, la presunción de responsabilidad subsidiaria de la matriz o controlante que consagra el parágrafo del artículo 148 de la ley 222 de 1995, el carácter de persona jurídica de derecho privado encargada de la administración de los recursos del Fondo Nacional del Café y el contenido específico del contrato de administración, sirven de fundamento en esta oportunidad para afectar transitoriamente los recursos de la Federación Nacional de Cafeteros – Fondo Nacional del Café, con el fin de evitar que se sigan



vulnerando derechos fundamentales de los pensionados a cargo de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante.

De otra parte, en la sentencia C-510/97, proferida por esa misma Corporación, y en la que fundo también la sentencia confutada, que declaró la exequibilidad del referido artículo 148, sostuvo:

[...]

Para la Sala, no existe duda alguna, que las citadas disposiciones permiten de entrada presumir que la situación concursal y la posterior liquidación de una sociedad, en este caso de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., tiene ocurrencia debido a la actuación de control ejercida por la matriz, la Federación Nacional de Cafeteros, quien se benefició así misma o a sus subordinadas y que perjudicó a la controlada.

En este orden, no encuentra esta Corte que la intelección o comprensión que el Tribunal hizo de las referidas normas sea equivocada, pues sin vacilación, se desprende que estas estipulan una presunción relativa o juris tantum, que admite prueba en contrario, y por ende, para ser desvirtuada, debe acreditarse por parte de la matriz o sus vinculadas, que el estado de liquidación obligatoria, fue ocasionado por causa diferente, en este caso, a la Federación Nacional de Cafeteros, sin que se colija de allí, que se exijan requisitos distintos, como desatinadamente lo pretende hacer ver el censor; además, es evidente que el juez plural partió de la premisa, de que en el plenario no existían elementos de juicio que conllevaran a deducir cosa distinta, ello ante la falta de demostración de la entidad controlante de que la liquidación ocurrió por circunstancias ajenas a su actuar.

En punto del debate, esta Sala en sentencia CSJ SL471-2019, reiterada en la SL1973-2019, proferidas dentro de proceso laboral promovido contra la misma recurrente, así reflexionó:

Bajo tal dirección, se configura la presunción iuris tantum o legal y, por tanto, se constituye en la fuente normativa de la predicha responsabilidad subsidiaria, que admite prueba en contrario como lo consagra la norma en cita, conforme al artículo 66 del Código Civil, que establece que «se permitirá probar la no existencia del hecho que legalmente se presume» y, en consecuencia, tal posibilidad estará a cargo de quien contradice la existencia del supuesto normativo en el caso concreto.

Para este asunto, la presunción de la responsabilidad permite partir de la base de que la situación de concordato o liquidación obligatoria de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante se causó como efecto de la subordinación que la vincula a la Federación Nacional de Cafeteros como administradora del Fondo Nacional del Café y, en tal medida, las obligaciones de la sociedad en liquidación deben ser asumidas por la matriz o controlante, salvo que esta se ocupe de demostrar lo contrario [...]. (Negrillas fuera de texto original).”

De lo anterior se puede extraer lo siguiente: (i) que el 80% de la propiedad



accionaria de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. fue adquirida por la Federación Nacional de Cafeteros con recursos del Fondo Nacional del Café; (ii) que la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. ingresó al proceso judicial de liquidación obligatoria regulado por la Ley 222 de 1995 desde el 31 de julio de 2000; (iii) que la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. EN LIQUIDACIÓN es una sociedad subordinada respecto de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como matriz o controlante y, (iv) que sobre la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS DE COLOMBIA opera la presunción de responsabilidad subsidiaria que dispone el parágrafo único del artículo 148 de la Ley 222 de 1995, norma según la cual se presume culpa de la sociedad matriz o controlante en el estado de insolvencia o liquidación de las sociedades que le son subordinadas.

Ahora, teniendo en cuenta que la presunción que opera sobre la Federación Nacional de Cafeteros es de tipo legal, es claro que puede eximirse de responsabilidad probando en cada proceso que la situación de insolvencia de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. no le es imputable, lo cual no aparece probado en este proceso.

Por consiguiente, teniendo en cuenta que la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia no desvirtuó la presunción de culpa que recae sobre ella como sociedad matriz en el estado de insolvencia de la FLOTA MERCANTE, proceden las condenas impuestas en primera instancia frente a la responsabilidad subsidiaria, siendo claro que era la Federación Nacional de Cafeteros quien tenía la carga probatoria de demostrar que la insolvencia de la sociedad COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. fue ajena a una acción u omisión de su parte.

Es necesario precisar, que en el presente caso, si bien se aportaron diferentes pruebas documentales entre las que se encuentran las actas de la Asamblea General de Accionistas de 1984, 1985, 1986, 1990, 1991, 1992, 1993, 1994, 1995, 1996, 1997, 1998, 1999, informes de la situación financiera de la Flota Mercante 1990 a 2000, Acuerdo N° 01 de



1944 “Sobre organización de una empresa nacional de marina mercante”, la Resolución 00003296 del 02 de agosto de 1990 del Seguro Social, las actas del Comité Nacional de Cafeteros de 1992, la Resolución N° 001201 del 21 de mayo de 1998 expedida por el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, las actas e informes de la Junta Directiva de la Flota Mercante Grancolombiana y la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante desde 1990, resumen situación provisiones a 31 de diciembre de 1989, sentencias del Consejo de Estado y Corte Constitucional, dictamen pericial, los Estados de Resultados de la Flota Mercante Grancolombiana S.A. a 31 de diciembre de 1984 a 1999, 2003, 2004, los Balances Generales a 31 de diciembre de 1989, 1990 a 1997, los Estados de Utilidades (pérdidas) a 31 de diciembre de 1988, 1989, 1990, 1991 y 1992, las Notas a los Estados Financieros de 1991 y 1992, informe del personal activo de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia a junio de 1998, Auto 411_11731 de la Superintendencia de Sociedades del 31 de julio del 2000, Auto 2012-01-231487 de la Superintendencia de Sociedades asunto rendición final de cuentas y terminación del proceso liquidatorio de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A., Auto 2012-01-322045 resuelve recursos contra auto 400-010928 del 28 de agosto del 2012, Auto de la Superintendencia de Sociedades resuelve recursos contra auto 400-016211 del 22 de noviembre del 2012; Auto de la Superintendencia de Sociedades por medio del cual se ordena la reapertura del proceso para un fin único y específico y se resuelven otras solicitudes; contrato de mandato suscrito entre la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. Liquidada y Carina Suárez Gutiérrez, Resolución GNR 332182 del 24 de septiembre del 2014 por medio de la cual se reconoce y ordena el pago de una pensión mensual vitalicia de vejez a Ricardo Rubiano García por parte de Colpensiones, Resolución N° 004 del 21 de febrero del 2011 mediante la cual se ordena transferir a Colpensiones para su aprobación el valor correspondiente como cálculo actuarial del señor Nieto Porras, Resolución N° 006 del 24 de octubre del 2013 mediante la cual se ordena transferir a Colpensiones para su aprobación el valor correspondiente como cálculo actuarial del señor Ricardo Rubiano García, Laudo arbitral 1976 -1978 con sus aclaraciones y adiciones, convención colectiva de trabajo suscrita entre



la Flota Mercante Grancolombiana S.A. y el sindicato Unión de Marineros Mercantes de Colombia, Laudo arbitral 1981, 1984, 1985, 1988 a 1991, contrato de fiducia mercantil de administración y fuente de pagos celebrados entre la compañía de inversiones de la flota mercante en liquidación obligatoria y la Previsora S.A., el informe de rendición de cuentas, contrato de mandato entre la Previsora S.A. y Asesores en Derecho S.A.S., Autos Liquidación de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante, estatutos de la Federación Nacional de Cafeteros, contrato de administración del Fondo Nacional del Café, certificación de la contadora general y del secretario general de la Federación Nacional de Cafeteros de Colombia, informes de gestión de la Flota Mercante, el estudio sobre la viabilidad económica y financiera de la Flota Mercante Grancolombiana y la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante Grancolombiana, de ellas no se puede extraer que la entidad hubiese allegado prueba suficiente e idónea que demostrara que las situación financiera de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. en liquidación obligatoria tuviera origen en alguna causa externa o exógena a las decisiones que tomó la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS como administradora del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, como entidad matriz o controlante de las obligaciones de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. y es que con las proyecciones y balances financieros que en ese momento se hicieron sobre la empresa, no es posible concluir que la liquidación de la COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE S.A. no le sea imputable a las decisiones tomadas por la entidad matriz o controlante que no es otra que la Federación Nacional de Cafeteros. Así las cosas, procede la condena que la parte demandante reclama en contra de dicha entidad, independientemente de que en la demanda se haya propuesto como una pretensión subsidiaria, pues la FIDUPREVISORA desde su contestación reclama que las condenas que se impongan en este proceso se dicten en contra de la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, quien debe aportar los dineros suficientes en caso de que el PATRIMONIO AUTÓNOMO - PANFLOTA no tenga liquidez para el pago de los derechos laborales y pensionales de sus trabajadores, como ya se dijo.



En consecuencia, se confirmará la sentencia dictada en primera instancia en cuanto definió la responsabilidad subsidiaria que le asiste a la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, advirtiendo frente a los argumentos planteados por la FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS, que el carácter de parafiscalidad de los recursos del Fondo Nacional del Café no es óbice para truncar las aspiraciones pensionales del actor, pues como lo dijo la Corte Constitucional en la sentencia referida, dichos recursos si pueden destinarse al pago de pensiones a cargo de la FLOTA MERCANTE, siempre y cuando en el Patrimonio Autónomo PANFLOTA no obren los dineros suficientes para el cumplimiento de la condena, debiendo en dicho evento y con cargo a los recursos del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ, efectuar el pago de la suma que se liquide por concepto de cálculo actuarial.

De este modo, dicha responsabilidad no puede ser extendida al MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO como lo reclama la parte actora en su demanda y recurso de apelación, pues no demostró causa alguna de la cual se pueda deducir que dicha responsabilidad le cabe a la Nación.

Finalmente, se debe advertir que la FIDUPREVISORA S.A., como vocera y administradora del PATRIMONIO AUTÓNOMO PANFLOTA, celebró con la sociedad ASESORES EN DERECHO SAS Contrato de Mandato N° 9264-001-2014 para que fungiera como Mandataria con representación de PANFLOTA. Dentro de las obligaciones adquiridas por esta sociedad se encuentra la de “[e]xpedir cualquier acto administrativo relacionado con el reconocimiento, la sustitución o cualquier trámite pensional de los ex trabajadores de la Compañía de Inversiones de la Flota Mercante S.A. liquidada y sus beneficiarios si los hubiere con cargo al Patrimonio Autónomo PANFLOTA, una vez la Federación Nacional de Cafeteros gire los respectivos recursos en cumplimiento de la sentencia SU 1023 de 2001 proferida por la Corte Constitucional”, le compete a la mandataria en representación de PANFLOTA, **únicamente expedir el acto administrativo de reconocimiento del cálculo actuarial que se ordena en esta sentencia de conformidad con el valor que determine PORVENIR al liquidar el cálculo**, advirtiendo que el pago del mismo no es obligación suya en razón



a que en el contrato de mandato se dejó expresamente consignado que sería con cargo a PANFLOTA.

En consecuencia, se ADICIONARÁ la sentencia dictada en primera instancia en cuanto a condenar a ASESORES EN DERECHO S.A. a expedir los actos administrativos tendientes al reconocimiento de dicho cálculo actuarial en favor de JOSÉ RICARDO ZAMBRANO TORRES y a la FIDUPREVISORA realizar el pago con cargo al patrimonio autónomo PANFLOTA.

Salarios que se deben tener en cuenta para realizar el cálculo actuarial

Sentado lo anterior, es necesario recordar que el fondo o administradora en la que se encuentra afiliado el actor, PORVENIR en este caso, contrario a lo dicho por su apoderado, es la llamada a liquidar el cálculo actuarial por el periodo comprendido entre el 01 de abril de 1977 al 09 de julio de 1990 conforme a lo previsto en el Decreto 1887 de 1994, y esta entidad debe recibir su importe a entera satisfacción para que se entienda cumplida la obligación.

En cuanto a los salarios la falladora de primera instancia señaló que se debía tener en cuenta el último salario devengado.

Así las cosas, el numeral PRIMERO de la sentencia recurrida debe ser modificado parcialmente, al encontrar razón en lo indicado por el apoderado de la federación en su recurso, en el sentido que, no puede tenerse o fijarse como ingreso base de liquidación el último salario de cotización, pues lo correcto es que debe calcularse respecto del salario devengado para cada uno de los periodos laborados por el demandante al servicio de la Flota Mercante Grancolombiana, entre el día 01 de abril de 1977 al 09 de julio de 1990.



Se tiene que conforme el contrato de fiducia mercantil de administración y fuente de pago N°3-1-0138, es a la Fiduprevisora a quien le corresponde la administración del archivo de la información dejado por la extinta Flota Mercante, es por lo que, solo a ésta, le corresponderá enviar toda la información necesaria para que PORVENIR elabore el cálculo actuarial correspondiente.

Siendo necesario precisar que si bien es cierto corresponde al actor probar los salarios devengados mes a mes, lo cierto es que en la demanda solicitó como prueba oficiar a la FIDUPREVISORA para que remitiera la hoja de vida del actor con todos sus anexos, certificando tiempos laborados y factores salariales devengados; lo cual no allegó en forma completa la FIDUPREVISORA no pudiendo verse con esto afectado el trabajador por lo que no se ordena tener como salario el mínimo legal vigente sino que la FIDUPREVISORA deberá certificar con destino a PORVENIR el salario devengado por el demandante mes a mes con todos sus factores salariales.

En este orden de ideas, la dinámica que debe darse en el cumplimiento de la sentencia para reconocer y pagar el valor del cálculo actuarial a favor del demandante es: que Fiduciaria la Previsora S.A., debe remitir toda la información necesaria a PORVENIR para que esta administradora elabore el cálculo actuarial, y una vez ello, el mismo le sea informado a Asesores en Derecho S.A.S., y esta, proceda a expedir el acto administrativo mediante el cual se reconozca y ordene el pago del valor correspondiente, y una vez Fiduciaria la Previsora S.A. sea notificada de la resolución, proceda a pagar el valor del cálculo a PORVENIR, para esta última actualice la historia laboral del demandante.

Cabe advertir que, según lo dispone el artículo 135 del CST, *“cuando el salario se estipula en divisas o monedas extranjeras, el trabajador puede exigir el pago en su equivalente en moneda nacional colombiana, al tipo de cambio oficial del día en que deba efectuarse el pago”*. Por ello la conversión se debe hacer con la tasa de cambio vigente en la fecha en que se debía efectuar el pago de cada aporte y NO el vigente en la fecha en que el momento



en que se pague efectivamente. Además, se debe precisar que ninguno de los salarios base podrá exceder los topes legales establecidos en las normas aplicables, ni para efectos de la liquidación del cálculo actuarial, ni para la actualización de la historia laboral.

Reconocimiento de la pensión de vejez

Conociendo el recurso de apelación de la parte demandante, el Tribunal niega su solicitud pues la obligación pensional de PORVENIR con el demandante solo surgirá desde el momento en que reciba de la sociedad FIDUCIARIA LA PREVISORA el valor del cálculo actuarial ordenado en este proceso con los cuales se financiará la prestación a que haya lugar.

No se puede cargar a PORVENIR con el pago de un derecho pensional que no tenía a su cargo por razones que no le son imputables. Ninguna responsabilidad le cabe a PORVENIR en el cobro de aportes cuando es el empleador quien incurre en la omisión de *afiliar* a sus trabajadores, pues dicha omisión impedía a la administradora de pensiones adelantar los trámites de cobro pertinentes, así lo ha entendido reiterada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia.

Por tanto, solo cuando PORVENIR reciba el valor del cálculo actuarial podrá definir si el derecho a la pensión se causa y el monto de la mesada pensional, conforme a la actualización y consolidación del historial de cotizaciones. Por esta misma razón no procede el reconocimiento de intereses moratorios a cargo de PORVENIR, pues no se le puede endilgar mora alguna a esta entidad, mientras no se haya consolidado la historia laboral del demandante. Por tal motivo se confirmará este punto.

En cuanto a la solicitud del apoderado de Porvenir en el que pide se ordene al actor que devuelva la suma entregada por concepto de devolución de los saldos más rendimientos y, una vez revisada la contestación de la demanda,



se evidencia que se propuso la **excepción de compensación** señalando que en caso de que se imparta condena alguna de pago pensional se solicita la devolución de las sumas ya pagadas al actor; por tanto, teniendo en cuenta que no se impartió condena a Porvenir de pagar o reconocer una pensión no hay lugar a estudiar si es procedente o no la compensación. Ahora, si lo que pretende Porvenir es que el actor devuelva los saldos previo al reconocimiento pensional es un hecho nuevo que no puede ser debatido en esta instancia.

En cuanto a las costas se tiene que conforme al numeral 1° del artículo 365 del CGP que dispone: “*se condenará en costas a la parte vencida en el proceso*”, supuesto de hecho que se cumple respecto de Fiduciaria La Previsora S.A., Asesores en Derecho y Porvenir, por lo que no es procedente absolverlas de las costas del proceso; razón por la cual se adicionará la sentencia frente a este punto. Lo mismo ocurre con la parte demandante quien vencido en juicio frente a las pretensiones de la Nación Ministerio de Hacienda y Crédito Público a quien se le estudia en consulta, no es posible exonerarla de la condena en costas en su favor.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida para en su lugar DECLARAR que entre el señor JOSÉ RICARDO ZAMBRANO TORRES y la extinta **COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE** existió un contrato de trabajo vigente entre el 01 de abril de 1977 al 09 de julio de 1990, conforme se expuso.



SEGUNDO: MODIFICAR PARCIALMENTE Y ADICIONAR el numeral primero de la sentencia apelada en el sentido de **CONDENAR** a **PORVENIR**, administradora a la cual se encuentra afiliado el actor, a realizar el respectivo calculo actuarial, por concepto de aportes para la pensión del demandante, correspondientes al tiempo que no estuvo afiliado a pensiones en la FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA S.A. entre el 01 de abril de 1977 al 09 de julio de 1990, con base en el salario certificado por la FIDUPREVISORA y respetando en caso de ser necesario los topes legales, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: ADICIONAR la sentencia apelada para **CONDENAR** a la **FIDUCIARIA LA PREVISORA SA** en su condición de administradora del patrimonio autónomo de PANFLOTA o a quien haga sus veces a remitir a PORVENIR toda la documentación necesaria y la certificación del salario devengado mes a mes por el demandante con todos factores salariales entre el 01 de abril de 1977 al 09 de julio de 1990, según se precisó en la parte motiva de esta decisión.

CUARTO: ADICIONAR la sentencia apelada para **CONDENAR** a la demandada **ASESORES EN DERECHO SA** en su calidad de mandataria con representación de PANFLOTA a emitir la respectiva resolución a través de la cual se reconozca y ordene transferir a PORVENIR el valor correspondiente al cálculo actuarial a favor del señor JOSÉ RICARDO ZAMBRANO TORRES.

QUINTO: CONDENAR a la **FIDUPREVISORA S.A** y vocera del patrimonio autónomo de PANFLOTA, a pagar a PORVENIR a nombre de señor JOSÉ RICARDO ZAMBRANO TORRES, el valor del cálculo actuarial por el tiempo que este no estuvo afiliado al sistema general de pensiones, entre el 01 de abril de 1977 al 09 de julio de 1990, a entera satisfacción de la ADMINISTRADORA, conforme a la liquidación que esta misma elabore, con cargo a los recursos del patrimonio autónomo de PANFLOTA.

SEXTO: ADICIONAR el numeral primero de la sentencia apelada para **DECLARAR** que la demandada **FEDERACIÓN NACIONAL DE CAFETEROS** es responsable subsidiariamente de la obligación pensional por concepto de pago de cálculo actuarial de los aportes a pensión del señor JOSÉ RICARDO ZAMBRANO TORRES aquí ordenado, en su calidad de matriz o controlante de la extinta COMPAÑÍA DE INVERSIONES DE LA FLOTA MERCANTE GRAN COLOMBIANA y consecuencia, condenarla a esta a reconocer y pagar el cálculo actuarial a favor del demandante,



PERO siempre que la FIDUCIARIA LA PREVISORA S.A en su condición de administradora del Patrimonio autónomo PANFLOTA, no cuente con los recursos económicos para asumir tales obligaciones, las cuales serán cubiertas con los recursos del FONDO NACIONAL DEL CAFÉ.

SÉPTIMO: ADICIONAR el numeral quinto de la sentencia apelada para **CONDENAR** en costas a los demandados ASESORES EN DERECHO S.A.S, en su calidad de mandataria con representación de PANFLOTA, a la AFP PORVENIR y a la FIDUCIARIA LA PREVISORA SA en calidad de administradora del patrimonio autónomo PANFLOTA. Igualmente, a Condenar al demandante y a favor de la demandada LA NACIÓN MINISTERIO DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO en costas las cuales serán tasadas en primera instancia.

SÉPTIMO: CONFIRMAR en todo lo demás.

OCTAVO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

(En Comisión de Servicios)
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO
ACLARACION DE VOTO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 38-2021-00060-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: EDGAR MISAEL NIÑO CORDERO
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la sociedad **TABOR ASESORES LEGALES S.A.S.** representada legalmente por la Dra. **MARÍA CAMILA RIOS OLIVEROS**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.026.275.391 y tarjeta profesional No. 272.749 del C.S de la J como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. MAYRA ALEJANDRA BOHADA ROJAS, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.093.783.369 tarjeta profesional No 321.634 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la AFP PORVENIR y COLPENSIONES y del grado de consulta a favor de la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Ocho Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 16 de agosto del 2022.

ALEGACIONES



Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante, la AFP Porvenir y Colpensiones.

ANTECEDENTES

El señor EDGAR MISAEL NIÑO CORDERO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia del traslado del RPMPD al RAIS a PROTECCIÓN el 22 de noviembre del 2004. Como consecuencia, se declare la ineficacia del traslado horizontal a la AFP PORVENIR el 28 de diciembre del 2011; que se declare que nunca se trasladó al RAIS; se ordene a la AFP PORVENIR que traslade los valores correspondientes a las cotizaciones, los rendimientos y gastos de administración a Colpensiones junto con las costas del proceso. (ver expediente digital)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que estuvo afiliado al RPMPD desde el 16 de octubre de 1986 al 31 de octubre del 2004, alcanzando a cotizar 834 semanas; que se trasladó al RAIS a la AFP PROTECCIÓN S.A. en el mes de noviembre del 2004 hasta el 28 de diciembre del 2011 alcanzando a cotizar 300 semanas; que posteriormente, se trasladó a la AFP PORVENIR en el mes de febrero del 2011 alcanzando a cotizar a la presentación de la demanda 378 semanas; que solicitó su traslado sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos negó el contenido en el numerales 1 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia del derecho y de la obligación, aplicación del precedente establecido en la sentencia SL 373-2021, 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, imposibilidad



jurídica para cumplir con las obligaciones pretendidas y la innominada o genérica.

Por su parte, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 3, 6 y 7 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y, buena fe.

Finalmente, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 2, 4 y 5 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito 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, aplicación del precedente sobre los actos de relacionamiento al caso concreto, reconocimiento de restitución mutua en favor de la AFP: inexistencia de la obligación de devolver la comisión de administración cuando se declarará 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, traslado de aportes y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ilegalidad de la afiliación verificada por el señor EDGAR MISAEL NIÑO CORDERO con destino a la A.F.P. PROTECCIÓN S.A. el 22 de noviembre de 2004 con efectividad del primero de enero de 2005. Lo anterior específicamente por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES, a la AFP PROTECCIÓN S.A. y a la AFP PORVENIR S.A. que conjuntamente adelanten las gestiones administrativas y financieras tendientes a retornar con destino al Régimen de Prima Media con Presión Definida administrado por COLPENSIONES, las cotizaciones efectuadas por el demandante con



destino al RAIS, durante el tiempo en que permaneció vinculado ilegalmente a este régimen, debiendo transferirse las respectivas cotizaciones debidamente indexadas, tomando para el efecto el IPC, que certifique el DANE de acuerdo con la fórmula:

$$\frac{\text{INDICE FINAL}}{\text{INDICE INICIAL}} \times \text{VALOR HISTORICO} = \text{VALOR INDEXADO}$$

INDICE INICIAL (Valor efectivo consignado a título de cotización mensual)

Así deberá tomarse como índice inicial el del mes en que se verifico el aporte integral o la cotización correspondiente, y como índice final el del momento que se efectuó el traslado de los recursos con destino al Régimen de Prima Media con Presión Definida. Siendo pertinente señalar que las accionadas contarán con un término de 30 días contados a partir de la ejecutoria de la presente sentencia, para finiquitar este procedimiento, resaltando que el pago correspondiente, se podrá hacer tomando para el efecto el importe de sumas que obren en la cuenta de ahorro individual del demandante y en caso de ser insuficientes, se pagarán con cargo a los recursos propios de la AFP PROTECCIÓN S.A. o en proporción al saldo que haya lugar, con PORVENIR S.A. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

Cabe anotar que al subsistir saldos en la cuenta de ahorro por concepto de rendimientos, los mismo deberán ser girados con destino al fondo de solidaridad pensionar en la forma señalada en la parte motiva de la presente sentencia.

TERCERO: EXCEPCIONES, dadas las results del juicio, el Despacho se considera relevado del estudio de las propuestas.

CUARTO: COSTAS. Lo serán a cargo de la AFP PROTECCIÓN S.A. En firme la presente providencia, por secretaría practíquese la liquidación de costas incluyendo en ella como agencias en derecho la suma de \$1'000.000, en favor de la accionante.

QUINTO: Si no fuere apelada oportunamente la presente sentencia, CONSÚLTESE con el SUPERIOR.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que el demandante al momento de entrar en vigencia la Ley 100 de 1993 se encontraba afiliado al RPMPD y que se trasladó al RAIS en noviembre del 2004; que la afiliación al RAIS no puede entenderse como una selección inicial sino como un traslado y que se hizo con vulneración de la prohibición de movilidad por lo que no importa si se le brindó la información o no al momento del traslado, pues lo que existe es una ilegalidad en el traslado. Que al no trasladarse el 01 de abril del 2004 debía esperar otros 5 años para poder trasladarse.

RECURSOS DE APELACIÓN



COLPENSIONES interpone recurso de apelación argumentando que no está de acuerdo con el entendimiento que hace el Juez de la Ley 797 del 2003 respecto de la prohibición de trasladarse cada 5 años de régimen pensional, toda vez que después de cumplir el período mínimo de permanencia de 5 años el afiliado puede trasladarse de régimen cuando quiera; que en el presente caso al momento de trasladarse al RAIS ya habían pasado los 5 años de permanencia mínima exigidos en la norma. Finalmente, indica que al momento de la solicitud de traslado estaba inmerso en la prohibición legal, pues le faltaban menos de 10 años para cumplir la edad por lo que el traslado afecta la sostenibilidad financiera.

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** recurrió señalando que las AFP actuaron de buena fe y respetaron los límites de permanencia establecidos en la Ley 797 del 2003. Que se aleja de la interpretación de la norma que hace el Juez, pues dicha disposición fue creada con el fin de garantizar la sostenibilidad financiera del sector público y por tanto resulta irrelevante si el demandante se trasladó el día en que cumplió 5 años exactamente, pues ya había cumplido los 5 años de permanencia mínimos; que la norma en ningún momento limita el traslado en la forma en que lo interpreta el Juez; que el artículo 11 del Decreto 692 establece que para quienes a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 se encontraran afiliados al Seguro Social podían continuar afiliados a dicho instituto sin que sea necesario el diligenciamiento de un formulario y que en estos casos no aplica la prohibición de traslado y podían trasladarse en cualquier tiempo. Que el fallo proferido es totalmente extra petita, pues en la demanda no se solicita en ningún momento la ilegalidad de la afiliación, pues la parte actora lo que solicita es la ineficacia del traslado de régimen y así lo establece al fijar el litigio por lo que se violó su derecho de defensa, pues no tuvo la oportunidad de oponerse o presentar pruebas. Que la Ley 100 de 1993 le permitía realizar los descuentos de los gastos de administración, pues se avalaría un enriquecimiento sin causa, pues deben trasladarse rendimientos más gastos de administración. En cuanto a la indexación señala que se debe tener en cuenta la figura jurídica de la compensación pues ya se encuentra cubierta con los rendimientos.



CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por el señor Edgar Misael Niño Cordero, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP PROTECCIÓN en el año 2004; siendo necesario en primer lugar recordar que tal y como lo ha indicado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1702-2023 que

“conviene recordar que el artículo 281 del Código General del Proceso, aplicable al trámite laboral por expresa remisión del artículo 145 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, regula lo atinente a la congruencia procesal, señalando:

[...] el juez tiene la obligación de adecuarse a las pretensiones y hechos planteados en la demanda inicial, a las excepciones y circunstancias fácticas presentadas por la contraparte, así como a lo alegado por las partes en las oportunidades procesales pertinentes (CSJ SL3443-2021, CSJ SL440-2021).

De esta forma, el legislador consagró un límite a la autonomía judicial, precisando que éste debe actuar dentro del marco trazado por las partes «[...] dado que es lo que edifica la relación jurídica sustancial y procesal de estas en el espacio jurisdiccional» (CSJ SL2604-2021, CSJ SL440-2021).

Así las cosas, la congruencia de la sentencia judicial hace referencia a la relación que debe mediar entre la providencia y los sujetos, el objeto y la causa del proceso; lo que implica que la actuación del juez no pueda salirse del cauce que le fijen los hechos en los que se soportan las pretensiones de la demanda inaugural y su respuesta.

De allí que la labor judicial prevista en el artículo 77 del CPTSS en el que se impone el deber al juez, como director del proceso, de requerir a las partes y a sus apoderados para fijar el litigio, resulte de vital trascendencia, pues implica revisar qué hechos son admitidos por aquellas, a efecto de enfilar el proceso sobre la definición de los que realmente se controvierten, sin que posteriormente puedan ser modificados; así se precisó en la providencia CSJ SL360-2018, al adoctrinarse:

Debe recordar la Corte que los hechos de un proceso son los expresados por las partes en la demanda y su contestación, o en las oportunidades procesales en la que tanto la una como la otra permiten ser modificadas, pero que una vez adquieren su calidad de piezas procesales definitivas, no pueden ser variadas por las partes a su arbitrio, por violentar en uno u otro caso el principio del debido proceso que permea toda actuación judicial.



De tal suerte que, el cotejar los hechos de la demanda inicial y su respuesta, tiene como objetivo obtener certeza de cuál es la discrepancia entre las partes en torno a un particular supuesto, y por ende, la ruta que debe seguir el operador judicial al definirlo.

En esa medida, el Tribunal erró al considerar, jurídicamente, que se encontraba ilimitadamente facultado para decidir el asunto sin someter a calificación jurídica los hechos relatados por las partes, pues como quedó visto, su actuación se delimitaba dentro de los planteamientos fácticos que sustentaban las pretensiones de la demanda inaugural y los fijados en la contestación como soporte de las excepciones.”

Conforme a lo anterior, es claro tal y como lo indica la apoderada de la AFP Porvenir, que el fallador de primera instancia erró al resolver la litis estudiando la ilegalidad del traslado con base en la prohibición de trasladarse establecida en la Ley 797 del 2003 que exige una permanencia mínima de 5 años, como quiera que esto no fue lo pretendido en la demanda y, además se trata de un supuesto no debatido en el presente proceso, por lo que vulneró el derecho de defensa de las demandadas al sorprenderlas con un fallo que no es congruente con lo pedido y discutido dentro del presente proceso, pues tal y como se dijo al fijar el litigio y se evidencia tanto de las pretensiones, los hechos y las excepciones el problema jurídico radica en establecer si es procedente la declaratoria de ineficacia del traslado efectuado por el demandante al RAIS ante la falta de información por parte de la AFP Protección al momento del traslado, razón por la cual se revocará el fallo proferido en primera instancia en su integridad y se pasa a estudiar las pretensiones de la demanda de la siguiente manera:

En este orden, como bien lo indicó la decisión de primer grado la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las



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

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad el demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que al señor Edgar Misael Niño Cordero, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 2004; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Protección S.A., al ser la AFP que promovió el traslado del actor proveniente del RPMPD, faltó al deber de información pues



debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Protección.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un



servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”. (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto que para la fecha del traslado del demandante a la administradora del RAIS, a la AFP no le asistiera el deber de brindar al afiliado la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP**, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada al actor. No pudiendo de ninguna manera entender ratificada la voluntad del demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Protección S.A., es el formulario de afiliación suscrito por el actor en el año 2004, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo



cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado al demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le informaron es que el ISS se iba a acabar y que podría pensionar con una mayor cuantía y a menor edad.

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, ni se puede pretender decir que el afiliado fue negligente al no buscarlas, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindar la asesoría al momento del traslado y no con posterioridad a él, no pudiendo sanearse la falta de información por parte de la AFP PROTECCION con asesorías posteriores al momento en que se dio el traslado inicial, pues como lo ha reiterado la CSJ la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear algo que nunca produjo efectos. Tampoco puede pretender la AFP exonerarse de su obligación de brindar la información al momento del traslado escudándose en que dicha información se encuentra contenida en la Ley 100 de 1993.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba, es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados y no el demandante, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

No pudiendo tampoco alegarse la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, pues como lo dijo la Corte en la sentencia SL 1818-2021, esto no tiene ninguna incidencia en los casos de ineficacia de traslado, pues como ya se dijo el acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

En cuanto a las sentencias de la sala de casación laboral de la CSJ en su Sala de descongestión N° 4 en la sentencias SL 2440-2021, SL 1061-2021,



SL 3752-2020 y SL 4934-2020 entre otras, en las cuales se habla de actos de relacionamiento entre los que se refiere a los traslados horizontales dentro del RAIS, esta Sala de Decisión no acoge su criterio como quiera que la sala de descongestión no puede hacer cambios en la jurisprudencia de la CSJ. Además porque dichas sentencias han venido siendo revocadas por la Corte Suprema de Justicia al ser objeto de acciones de tutela entre otras en la STP 15228-2021 en la que se señaló de manera clara que se amparaba el derecho fundamental del accionante como quiera que la Sala de Descongestión con su decisión estaba desconociendo el precedente jurisprudencial de la CSJ y ordenó a la Sala de Descongestión resolver nuevamente el recurso de casación, pues la postura que mantiene actualmente la CSJ es la sentada de manera reiterada entre otras en la sentencia SL3199-2021 en la que señaló que con los traslados horizontales no se ratifica el deseo de permanecer en el RAIS, ni convalida la omisión en el deber de suministrar información suficiente, veraz y oportuna al momento del traslado inicial.

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2004**, resulta forzoso concluir que al promotor del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **REVOCAR** la decisión proferida por el Juez de conocimiento, para en su lugar declarar la ineficacia del traslado al RAIS efectuado por el señor Edgar Misael Niño Cordero a la AFP PROTECCION y su posterior traslado horizontal a la AFP PORVENIR, ordenándole a esta última, efectuar el traslado de los dineros depositados en la cuenta individual del demandante a órdenes de Colpensiones, junto con rendimientos y dineros descontados de su cuenta de ahorro individual por concepto de gastos de administración, tal como lo ha dispuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga. Igualmente, la AFP PROTECCIÓN deberá trasladar a Colpensiones las sumas descontadas a título de gastos de administración en el tiempo en que el actor estuvo afiliado a dicha entidad.



Señalando además respecto de los gastos de administración, que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos de manera indexada, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

*“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.**” (Negrilla fuera del texto original)*

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera, no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional.

Siendo necesario precisar, que tampoco le asiste razón a la recurrente Colpensiones en su argumento esbozado en el recurso, según el cual de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPMPD que administra, para lo cual resulta suficiente indicar que junto con la ineficacia, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante, junto con rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración, durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, ya que una vez trasladados estos dineros, entran a hacer parte del fondo común



que administra, contribuyendo a financiar la pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

Sin costas en esta instancia. Costas de primera instancia a cargo de las demandadas.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR en todas sus partes la sentencia apelada, para en su lugar declarar la ineficacia de la afiliación que el demandante **Edgar Misael Niño Cordero**, efectuó del régimen de prima media al régimen de ahorro individual en el año 2004 a la AFP PROTECCIÓN y los posteriores traslados horizontales, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la demandada PORVENIR S.A., a trasladar a órdenes COLPENSIONES y a esta última a recibir, todos los valores que hubiere cotizado el demandante **Edgar Misael Niño Cordero**, con motivo de la afiliación al régimen de ahorro individual junto con todos los rendimientos que se hubieren causado y gastos de administración, éstos últimos de manera indexada. Igualmente, ordenar a la AFP PROTECCIÓN trasladar a COLPENSIONES las sumas descontadas a título de gastos de administración durante la afiliación del actor, los cuales deben pagarse indexados.



TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a aceptar el traslado de la demandante al régimen de prima media con prestación definida.

CUARTO: DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

QUINTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

SEXTO: SIN COSTAS en esta instancia. Costas de primera instancia a cargo de las demandadas.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

(En Comisión de Servicios)
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 18-2019-00740-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: LILIANA VILLAMIL GÓMEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **GLORIA XIMENA ARELLANO CALDERÓN**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 31.578.572 y tarjeta profesional No. 23.175 del C.S de la J como apoderada principal de la UGPP, para los fines del poder conferido.

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Dr. **MIGUEL ANGEL CADENA MIRANDA**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.020.792.591 y tarjeta profesional No. 380.420 del C.S de la J en su calidad de abogado inscrito de la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., como apoderado principal de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para los fines del poder conferido.

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **KARINA VENCE PELAEZ**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 42.403.532 y tarjeta profesional No. 81.621 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad VENCE SALAMANCA LAWYERS GROUP S.A.S., como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. MÓNICA DEL CARMEN RAMOS SERRANO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 22.519.154 y tarjeta profesional No. 153.986 del C. S. de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE



En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y del grado de consulta a su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Dieciocho Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 24 de agosto del 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la UGPP. Colpensiones, Demandante y Porvenir.

ANTECEDENTES

La señora LILIANA VILLAMIL GÓMEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia de la afiliación que realizó a la AFP COLFONDOS por existir falla en el deber efectivo de información; que se declare la ineficacia de los traslados realizados a OLD MUTUAL S.A., PROTECCIÓN S.A., PORVENIR. Como consecuencia, se condene a las demandadas a retornar al demandante a Colpensiones incluyendo los aportes, rendimientos y bonos pensionales si hubiere lugar, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (ver expediente digital)

HECHOS



Fundamentó sus pretensiones señalando nació el 05 de marzo de 1967; que para la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 contaba con 27 años de edad; que desde que empezó su vida laboral se vinculó a Cajanal; que el 07 de enero de 1995 se afilió a COLFONDOS S.A.; que no se le brindó la información suficiente al momento del traslado; que el 04 de septiembre de 1997 se afilió a Colpatria hoy Porvenir; que el 08 de julio de 1998 se afilió a PORVENIR; que el 14 de agosto del 2001 se afilió a ING S.A. hoy PROTECCIÓN S.A.; que el 26 de junio del 2003 se afilió a PORVENIR S.A.; que el 11 de mayo del 2005 se afilió a Horizontes SA hoy Porvenir; que el 16 de diciembre del 2005 se afilió a COLFONDOS S.A.; que el 27 de septiembre del 2010 se afilió a OLD MUTUAL S.A.; que el 11 de agosto del 2011 se afilió a COLFONDOS S.A.; que actualmente cuenta con 52 años y no goza de una expectativa pensional clara con respecto a los aportes realizados; que solicitó la nulidad de su traslado sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 16, 20, 23 y 24; negó el contenido en los numerales 4, 5, 17, 21, 22 y 27 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito 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.

La **UGPP**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 3, 22 y 26 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por



pasiva, inexistencia de las obligaciones demandadas frente a la UGPP, imposibilidad de condena en costas y la genérica o innominada.

Por su parte, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 3, 6, 8, 12, 14, 23 y 26; negó el 7, 9, 13 y 15 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó 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, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 22 y 25; negó el contenido en el numerales 29; dijo que el 27 no era un hecho y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó el error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento, prescripción, cobro de lo no debido, buena fe, la parte demandante no puede beneficiarse de su propia culpa y la demandante no sirve de excusa, no procedencia de condena en costas y agencias en derecho en Instituciones que administran recursos del sistema general de pensiones y la innominada o genérica.

SKANDIA ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. se opuso a la prosperidad de las pretensiones 2, 6, 9, 10, 11 y 12, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 18 y 26; negó el contenido en el numerales 19; dijo que el 22 y 28 no eran un hecho y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, cobro de lo no debido por inexistencia de la obligación y la genérica.

Finalmente, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones 3, 7, 9, 10, 11, 12 y 13, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 10, 23 y 26; negó el 11 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito 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 declarará 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, traslado de aportes y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado realizado por LILIANA VILLAMIL GÓMEZ del régimen de prima media con prestación definida al régimen de ahorro individual con solidaridad, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: ORDENAR a la AFP COLFONDOS S.A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones COLPENSIONES los valores correspondientes a las cotizaciones, rendimientos financieros, gastos de administración y comisiones, debidamente indexados al momento de realizarse la transferencia.

TERCERO: ORDENAR a COLPENSIONES a recibir los dineros provenientes de la AFP COLFONDOS S.A., y efectuar los ajustes en la historia pensional de la actora.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADAS las excepciones propuestas, de conformidad con la parte motiva de esta providencia.

QUINTO: CONDENAR en costas, incluidas las agencias en derecho, a cada una de las demandadas COLFONDOS S.A., PORVENIR S.A., SKANDIA S.A., PROTECCIÓN S.A., y COLPENSIONES, y a favor de la demandante, en la suma de un millón de pesos m/cte (\$1.000.000).

SEXTO: ABSOLVER a la demandada UGPP de las pretensiones elevadas en la demanda.

SEPTIMO: REMITIR copia de esta providencia a la AGENCIA NACIONAL DE DEFENSA JURÍDICA DEL ESTADO, conforme lo normado en el artículo 48 de la Ley 2080 de 2021.

OCTAVO: En caso de no ser apelada la sentencia, se ordena remitir el proceso a la Sala laboral del Tribunal Superior de Bogotá en grado jurisdiccional de consulta a favor de COLPENSIONES.”



Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que acoge el criterio establecido por la CSJ; que no basta con la firma del formulario de afiliación para demostrar el deber de información, pues éste muestra un consentimiento libre de vicios pero no informado; que los traslados horizontales no son suficientes para validar el traslado; que se debe declarar la ineficacia ante la falta de información al momento del traslado.

RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpone recurso de apelación argumentando que es el demandante quien debe tener la carga de la prueba; que la carga dinámica de la prueba exige igualdad de las partes; que quien alega debe probar; que la CSJ ha señalado que se debe revisar cada caso en particular; que se les están imponiendo unas cargas que no estaban contempladas en la ley para el momento del traslado; que debía probar los vicios del consentimiento que alega; que la ley prevé obligaciones en cabeza de los afiliados, por lo que la demandante debió asesorarse de la mejor manera; que no se puede desconocer el transcurso del tiempo y los traslados horizontales; que la demandante esta inmersa en la prohibición establecida en la Ley; que la información que extraña esta contenida en la Ley 100 de 1993 la cual deben conocer todos los ciudadanos y más la demandante al ser abogada.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Liliana Villamil Gómez, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP Colfondos en el año 1995 y, posteriormente con Colpatria hoy Porvenir en el año 1997, con Porvenir en el año 1998, con Santander hoy Protección en el año 2001, con Horizonte hoy Porvenir en el año 2003, con Colfondos en el año 2005, con Skandia en



el año 2010 y con Colfondos en el año 2011, siendo éste último fondo en el que se encuentra afiliada actualmente.

En este orden, como bien lo indicó la decisión de primer grado la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se**



pueda concluir que en realidad la demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Liliana Villamil Gómez, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1995; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Colfondos S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Colfondos.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro



pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, a la AFP no le asistiera el deber de brindar a la afiliada la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP**, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien



no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora. No pudiendo de ninguna manera entender, como lo pretende Colpensiones, ratificada la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este o por los traslados horizontales que efectuó dentro del RAIS, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Colfondos S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año 1995, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que le informaron es que el ISS y Cajanal se iban a acabar y que la única opción era afiliarse a un fondo privado.

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, ni se puede pretender decir que el afiliado fue negligente al no buscarlas, como lo pretende Colpensiones, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindar la asesoría al momento del traslado y no con posterioridad a él, no pudiendo sanearse la falta de información por parte de la AFP COLFONDOS con asesorías posteriores al momento en que se dio el traslado inicial, pues como



lo ha reiterado la CSJ la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear algo que nunca produjo efectos. Tampoco exonera a la AFP de su deber de brindar la información necesaria al momento del traslado el hecho de que la información se encuentre contenida en la Ley 100 de 1993 o que la demandante sea abogada.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba, es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados y no la demandante como lo pretende Colpensiones, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

“En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.”

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1995**, resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia de los traslados conforme lo dispuso la decisión de primer grado.



No pudiendo tampoco Colpensiones alegar la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, pues como lo dijo la Corte en la sentencia SL 1818-2021, esto no tiene ninguna incidencia en los casos de ineficacia de traslado, pues como ya se dijo el acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

Ahora bien, se observa que la decisión de primer grado no dispuso el traslado de lo descontado por concepto de gastos de administración a todas las administradoras en las que estuvo afiliada la demandante, los que deben ser objeto de dicho traslado como lo solicita Colpensiones en su recurso de apelación, aspecto que de igual forma ha sido dilucidado por la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras en sentencias entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados**, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.*

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional.

Por lo señalado en precedencia, se **adicionará** el numeral SEGUNDO de la sentencia en el sentido de disponer el traslado de los gastos de administración por la AFP PORVENIR, SKANDIA y PROTECCION por cuanto la de primer grado sólo se refirió los de colfondos.



Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR el numeral SEGUNDO de la sentencia recurrida en el sentido de CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., SKANDIA PENSIONES Y CESANTÍAS S.A. y ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PROTECCIÓN S.A. a trasladar a COLPENSIONES las sumas descontadas por concepto de **gastos de administración**, durante la vigencia de la afiliación de la demandante, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados.



TERCERO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

(En Comisión de Servicios)
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 12-2016-343-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: ELECTRICARIBE S.A. ESP

DEMANDADO: COLPENSIONES y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a los Doctores ROGELIO ANDRÉS GIRALDO y DIANA RIVEROS, identificados como aparece al pie de sus firmas, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderados principal y sustituto respectivamente de la demandante Electricaribe S.A. ESP, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los Treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, revisa la Corporación el fallo proferido el 24 de agosto de 2022, por el Juzgado Doce Laboral del Circuito de esta Ciudad.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado concedido en auto anterior para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante, la que solicita, se confirme la decisión.

ANTECEDENTES

La sociedad ELECTRICARIBE S.A. ESP por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que la titularidad sobre el retroactivo pensional causado con el reconocimiento pensional de vejez a favor del señor Álvaro José Bru, le corresponde a esa

sociedad, en virtud de la compartibilidad pensional, como consecuencia de ello, se ordene a Colpensiones a pagar a su favor dicho retroactivo pensional causado entre el 21 de mayo de 2012 y el derivado de las reliquidaciones pensionales, junto con intereses moratorios.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que el señor el señor Álvaro José Bru prestó sus servicios para la Electrificadora de Córdoba y mediante resolución 122 de marzo de 1996, se le concedió pensión de jubilación de carácter compartida a partir del 1 de marzo de 1996, que esa sociedad continuó efectuando los aportes pensionales a Colpensiones, para el reconocimiento por parte de esta de pensión de vejez una vez el señor Álvaro acreditara los requisitos para el efecto, data para la cual Electricaribe, únicamente estaba obligada a reconocer el mayor valor si lo hubiere entre la pensión otorgada por el ISS y la que venía disfrutando el ex trabajador, que el señor Álvaro cumplió los 60 años de edad el 21 de mayo de 2012 fecha en que causó el derecho a pensionarse por vejez, siéndole reconocida esta prestación por la demandada en resolución GNR 032210 del 11 de marzo de 2013.

Que contra dicho acto administrativo el señor Álvaro interpuso los recursos de Ley, para que le fuera reconocido retroactivo pensional desde el 21 de mayo de 2012, que entre la fecha de causación del derecho, 21 de mayo de 2012 y la inclusión en nómina de pensionados del señor Álvaro, marzo de 2013, Electricaribe S.A., pago a este la totalidad de la mesada pensional, incluyendo la porción que debía ser sufragada por Colpensiones, que reclamó el retroactivo pensional el 17 de febrero de 2016, solicitud que fue negada argumentando que por error involuntario, no se había tenido en cuenta que el reconocimiento pensional, debía realizarse bajo la figura de compartibilidad.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó el contenido en numeral 1 y manifestó no constarle los demás; Propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia del derecho y la obligación, prescripción y caducidad, cobro de lo no debido y buena fe.

El curador ad – litem del litisconsorte, señor Álvaro Bru, aceptó los hechos contenidos en numerales 1 a 8 y 10 a 12, manifestando no constarle el No. 9.

Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, inexistencia de las obligaciones, cobro de lo no debido, compensación, inexistencia del derecho y de la obligación por falta de causa y título para pedir.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: CONDENAR a Colpensiones a reconocer y pagar a Electricaribe S.A. ESP la suma de \$4.802.709, por concepto de retroactivo que le fue cancelado por aquella al señor Álvaro José Bru en resolución GNR 032210.

SEGUNDO: CONDENAR a Colpensiones a pagar la suma objeto de condena debidamente indexada.

TERCERO: ABSOLVER a Colpensiones de las demás pretensiones.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que no era objeto de controversia la calidad de pensionado que ostentaba el señor Álvaro por parte de Electricaribe S.A., como se demostraba en acto administrativo, resolución 122 de 1996, en la que se le otorgó pensión de jubilación convencional a partir del 1 de marzo de 1996, como tampoco que Colpensiones le había reconocido pensión de vejez en resolución GNR 032210 de 2013, a partir del 10 de enero de 2013, conforme las previsiones del Decreto 758 de 1990, que en dicho acto administrativo, no se había hecho alusión alguna a la compartibilidad pensional, que posteriormente y con ocasión de la solicitud elevada por Electricaribe S.A. ESP, Colpensiones expide resolución GNR 106448 de 2016, en la que señaló que por error involuntario al momento de otorgarle la pensión al señor Álvaro, no tuvo en cuenta que esta debió hacerse bajo la figura de la compartibilidad.

Que Electricaribe, en el artículo 6 de acto administrativo mediante el cual reconoció la pensión al señor Álvaro, señaló que la pensión era reconocida en su totalidad por dicha sociedad hasta cuando el ISS reconociera el pago de la pensión de vejez y una vez ocurrido ello, sólo pagaría el mayor valor si lo hubiere entre la pensión otorgada por el ISS y la que venía pagando, que en cuanto a la compartibilidad, la CSJ en sentencia SL 660 de 2013 indicó que desde 1985, era factible compartir pensiones extralegales con las reconocidas por el ISS, a no ser que se haya dispuesto expresamente por las partes la compatibilidad pensional, que conforme a ello, no cabía duda que la prestación otorgada por Colpensiones al señor Álvaro, debió hacerse bajo la figura de la compartibilidad y de haberlo hecho, era claro que el retroactivo generado, debió pagarse a la demandante, ya que esta había efectuado el pago de la prestación al señor Álvaro hasta su inclusión en nómina de pensionados como

se evidenciaba de desprendibles de pago allegados y continuó igualmente efectuado el pago de aportes a pensión, no siendo dable como lo indicó Colpensiones exigir el consentimiento del pensionado para revocar el acto administrativo que le reconoció la prestación, pues no podía alegar su propia culpa, máxime cuando el señor Álvaro al momento de reclamar la prestación por vejez, anexó la resolución mediante la cual, Electricaribe le había reconocido pensión de jubilación, debiéndose condenar a Colpensiones al pago de retroactivo señalado en resolución GNR 032210 de 2013, que comprendía las mesadas causadas entre el 10 de enero al 28 de febrero de 2013, junto con indexación.

En cuanto a la prescripción señaló que la resolución que dejó en firme el reconocimiento pensional de vejez al señor Álvaro, data del 22 de abril de 2015 y la demandante elevó ante Colpensiones reclamación para el pago de retroactivo pensional el 17 febrero de 2016, presentando la acción judicial en la misma anualidad, por lo que no se configuraba el fenómeno prescriptivo.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión recurrió la demandada Colpensiones indicando que en resolución GNR 238615 de 2016, esa entidad dio cumplimiento a fallo proferido por el Tribunal Superior de Montería, en el sentido de reconocer retroactivo de pensión de vejez e intereses de mora a favor del señor Álvaro Bru, que esa entidad dio estricto cumplimiento a dicha decisión y por ello negó el retroactivo pensional reclamado por Electricaribe S.A. ESP., que no había lugar a la condena en costas, pues esa entidad había actuado de buena fe acatando la decisión judicial en comento y por ello negó el retroactivo a la demandante.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto, sea lo primero señalar que no ofreció reparo que la demandante Electricaribe S.A. ESP, reconoció pensión de jubilación al señor Álvaro Bru, mediante resolución 122 de 1996, dejando claro en numeral SEXTO de dicho acto administrativo, que tal prestación tendría el carácter de compartida, por ello efectuaría su pago hasta que el ISS hoy Colpensiones realizara reconocimiento pensional legal a su favor, para a partir de allí únicamente reconocer el mayor valor a que hubiere lugar.

De igual manera, de los actos administrativos expedidos por la demandada Colpensiones, aportados por esta, se evidencia que como lo adujo la decisión de primer grado, en resolución GNR 032210 del 11 de marzo de 2013, le reconoció pensión de vejez al actor, dejando de lado su carácter de compartida, a pesar de que contaba con la documental aportada por el señor Álvaro que daba cuenta de tal compartibilidad, posteriormente, expide resolución GNR 105448 de 2016, señalando que había omitido en resolución de reconocimiento primigenio, tener en cuenta dicha compartibilidad, negando a la aquí demandante el pago de retroactivo pensional reclamado hasta que no existiera autorización del señor Álvaro Bru, para expedir un nuevo acto administrativo.

Así las cosas y al haber acreditado la demandante Electricaribe S.A. ESP, que luego de que el señor Álvaro Bru adquirió status pensional, esto es, 10 de enero de 2013, continuó pagando a su favor la mesada pensional hasta el mes de marzo de 2013, como se corrobora con los comprobantes de pago allegados por esta en escrito de demanda digital; lo que coincide con la fecha de ingreso en nómina para el pago de la prestación por parte de la demandada, siendo claro que el retroactivo generado le debía ser girado por parte de la demanda Colpensiones a la sociedad demandante al haber asumido esta última el pago de la prestación hasta la data en que fue efectivamente pagada a su favor por la administradora pensional, retroactivo que asciende a la señalada en primer grado, que es la misma indicada en resolución de reconocimiento pensional.

Determinado lo anterior y en cuanto al argumento del recurrente, se observa que la decisión judicial a la que alude, no es óbice para desconocer el pago de retroactivo reclamado por Electricaribe S.A. ESP, cuando se itera, esta demostró haber pagado en su totalidad las mesadas pensionales al señor Álvaro mientras la administradora pensional efectuara su ingreso en nómina de pensionados, aunado a ello, como se señaló antes de efectuar el reconocimiento pensional de vejez, contaba con los documentos para determinar con claridad el carácter de compartido de la prestación y aún así, omitió referirse al respecto, no siendo dable que alegue su propia culpa; resultando acertado ordenar el pago indexado de dicho retroactivo a efectos de compensar la pérdida del valor adquisitivo de la moneda por el paso del tiempo atribuible a la aquí demandada.

Por último, en cuanto a la condena en costas que reprocha la demandada, no hay lugar a eximirla de esta, por cuanto fue vencida en juicio en los términos del numeral 1 del artículo 365 del CGP.

Por todo lo anterior, habrá de **confirmarse** la sentencia de primer grado.

Sin costas en la alzada.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente pronunciamiento.

SEGUNDO: Sin costas en la alzada.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

(En Comisión de Servicios)
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 03-2021-00231-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: CARMEN CECILIA FLÓREZ DÍAZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Dr. **MIGUEL ANGEL RAMÍREZ GAITÁN**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 80.421.257 y tarjeta profesional No. 86.117 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad WORLD LEGAL CORPORATION S.A.S., como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderado sustituto se reconoce personería al Dr. JAIME ANDRÉS ZULUAGA CASTAÑO, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.053.806.084 y tarjeta profesional No. 287.279 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y del grado de consulta a su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Tercero Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 29 de agosto del 2022.



ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Colpensiones y Porvenir.

ANTECEDENTES

La señora CARMEN CECILIA FLÓREZ DÍAZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad y/o ineficacia de la afiliación que efectuó del RPMPD al RAIS administrado por la AFP Colpatria ahora Porvenir y posteriormente a la AFP Colfondos, a la AFP ING ahora Protección y finalmente, a la AFP Colfondos. Como consecuencia, se condene a Colpensiones a recibir a la demandante como afiliada; se condene a la AFP Colpatria hoy Porvenir, a la ING ahora Protección y a la Afp Colfondos a liberar de sus bases de datos a la demandante y, a devolver todos los recursos, cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales de la aseguradora, con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los rendimientos que se hubieren causado y hacer el respectivo traslado a Colpensiones, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (ver expediente digital)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 20 de enero del año 1964; que empezó su vida laboral en 1985 con el empleador Municipio de Floridablanca, por lo que se afilió al ISS; que en junio de 1996 se trasladó a la AFP Colpatria hoy Porvenir y posteriormente se trasladó a la AFP Colfondos en octubre del 2000, luego se trasladó a la ING ahora Protección el 24 de



agosto del 2001 y finalmente regresó a Colfondos el 01 de diciembre del 2004, administradora en la que se encuentra afiliada actualmente; que los fondos privados le ofrecieron el beneficio de pensionarse a más temprana edad y la manifestación de que el ISS se iba acabar; que no se le brindó la información necesaria al momento del traslado; que solicitó la nulidad del traslado sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos negó el 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 20 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y la genérica.

Al contestar la demanda, **COLFONDOS S.A. PENSIONES Y CESANTÍAS**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1 y 22; negó el contenido en los numerales 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 15, 16 y 17 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito 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.

Por su parte, la **Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías PROTECCIÓN S.A.** se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 12 y 21; negó el 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 13, 14 y 15 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito 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 declarará 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, traslado de aportes a Colfondos, Validez y eficacia del traslado entre administradoras de fondos de pensiones del RAIS y la innominada o genérica.

Finalmente, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 4, 12, 16, 19, 20, 21 y 22; dijo que el 13 era parcialmente cierto; negó el contenido en los numerales 3 y 18; y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó 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, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado de la Demandante CARMEN CECILIA FLOREZ DIAZ del régimen de prima media con prestación definida, administrado por el otrora INSTITUTO DE LOS SEGUROS SOCIALES, hoy COLPENSIONES, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado para ese entonces por COLPATRIA S. A. , hoy PORVENIR S. A., realizado el 16 de mayo de 1996, e igualmente la ineficacia de los traslados horizontales realizados con posterioridad entre fondos, para entender vinculada a la Demandante, en forma válida al régimen solidario de prima media administrado por COLPENSIONES, todo de conformidad con la parte motiva de esta providencia.



SEGUNDO: CONDENAR a las AFP COLFONDOSS. A., PROTECCIÓN S. A. y PORVENIR S. A., a trasladar a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES todos los valores que recibieron con motivo de la afiliación de la Demandante CARMEN CECILIA FLOREZ DIAZ por concepto de cotizaciones obligatorias, bonos pensionales en caso de haber sido redimidos, con todos los rendimientos financieros que produjo ese dinero mientras estuvo en su poder, sin descuento alguno y de ninguna naturaleza. Esos descuentos por concepto de gastos de administración, porcentajes destinados a seguros previsionales, y las comisiones encaminadas a constituir el fondo de garantía de pensión mínima con cargo a sus propios recursos, los que deberán devolverse a COLPENSIONES debidamente indexados, conforme la parte motiva de esta providencia.

TERCERO: ORDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES aceptar el traslado de los dineros que efectúen las AFP COLFONDOS S. A., PROTECCIÓN S. A. y PORVENIR S. A., para que proceda a activar la afiliación de la Demandante CARMEN CECILIA FLOREZ DIAZ, como si nunca se hubiese traslado del régimen de prima media con prestación definida, y así mismo actualice la información de la historia laboral de la demandante en semanas de tiempo cotizado.

CUARTO: DECLARAR NO PROBADA la excepción denominada inobservancia del principio constitucional de sostenibilidad financiera del sistema propuesta por la Demandada COLPENSIONES, y la de prescripción propuesta por todas y cada una de las demandadas, conforme lo considerado en la parte motiva.

QUINTO: CONDENAR EN COSTAS, incluidas las agencias en derecho a las Demandadas PROTECCIÓN, COLFONDOS y COLPENSIONES, las que se tasan en la suma de UN MILLÓN (\$1.000.000) DE PESOS MCTE, a cargo de cada una, y a la Demandada PORVENIR, la suma de OCHOCIENTOS MIL (\$800.000) PESOS MCTE, conforme la parte motiva de esta providencia.

SEXTO: En caso de no ser apelada la presente providencia por la Demandada COLPENSIONES, remítase al Superior para que se surta el grado jurisdiccional de Consulta, de conformidad con lo señalado en el parágrafo del artículo 69 del C.P.T. y SS”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que conforme a la normatividad vigente para la época del traslado ya existía el deber de brindar la información necesaria a los futuros afiliados al momento del traslado. Que este criterio ha sido ampliamente desarrollado por la CSJ. Que en el presente caso no se probó haber brindado la información necesaria por lo que se debe declarar la ineficacia del traslado, pues no bastaba con el formulario de afiliación.



RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpone recurso de apelación argumentando que su postura es que existe un impedimento legal por la proximidad que tiene la demandante en cuanto a cumplir con el requisito esencial de la edad para acceder a una pensión de vejez. Que la demandante no refirió un vicio del consentimiento. Que estuvo basta tiempo en el RAIS y en diferentes fondos y que no acaeció un requisito esencial para que se declare la ineficacia del traslado.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Carmen Cecilia Flórez Díaz, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP Colpatria hoy Porvenir en el año 1996 y, posteriormente con Porvenir en el año 1997, con Colfondos en el año 2000, con Santander hoy Protección en el año 2001, y con Colfondos en el año 2004, siendo éste último fondo en el que se encuentra afiliada actualmente.

En este orden, como bien lo indicó la decisión de primer grado la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la



asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad la demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Carmen Cecilia Flórez Díaz, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1996; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Colpatria hoy Porvenir, al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable,



razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal



acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, a la AFP no le asistiera el deber de brindar a la afiliada la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP**, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora. No pudiendo de ninguna manera entender, como lo pretende Colpensiones, ratificada la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS por su permanencia en este o por los traslados horizontales que efectuó dentro del RAIS, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Colpatria hoy Porvenir S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año 1996, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien



no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que le informaron que al trasladarse al RAIS su pensión sería superior, que podía retirar los aportes si no se quería pensionar y que sus hijos podrían heredar sus aportes.

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, ni se puede pretender decir que el afiliado fue negligente al no buscarlas, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindar la asesoría al momento del traslado y no con posterioridad a él, no pudiendo sanearse la falta de información por parte de la AFP COLPATRIA hoy PORVENIR con asesorías posteriores al momento en que se dio el traslado inicial, pues como lo ha reiterado la CSJ la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear algo que nunca produjo efectos.

Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba, es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados y no la demandante, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:



“En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.”

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1996**, resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia de los traslados conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

No pudiendo tampoco Colpensiones alegar la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, pues como lo dijo la Corte en la sentencia SL 1818-2021, esto no tiene ninguna incidencia en los casos de ineficacia de traslado, pues como ya se dijo el acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos de manera indexada, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

*“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el***



nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.” (Negrilla fuera del texto original)

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera, no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional.

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, se dispondrá **confirmar** la sentencia recurrida frente a este punto.

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las



reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

(En Comisión de Servicios)
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 30-2020-00100-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: YAZMINA TERESA BAYONA ALBA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Dr. **OMAR ANDRÉS VITERI DUARTE**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.803.031 y tarjeta profesional No. 111.852 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad VITERI ABOGADOS S.A.S., como apoderada principal de la UGPP y como su apoderado sustituto se reconoce personería al Dr. ALVARO GUILLERMO DUARTE LUNA, identificado con la cédula de ciudadanía No. 87.063.464 y tarjeta profesional No. 352.133 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la sociedad **TABOR ASESORES LEGALES S.A.S.** representada legalmente por la Dra. **MARÍA CAMILA RIOS OLIVEROS**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.026.275.391 y tarjeta profesional No. 272.749 del C.S de la J como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. SANDY JOHANNA LEAL RODRÍGUEZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.032.473.725 tarjeta profesional No 319.028 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Dr. **ANDRÉS FELIPE CHÁVEZ ALVARADO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.075.655.441 y tarjeta profesional No. 232.007 del C.S de la J en su calidad de abogado inscrito de la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., como apoderado principal de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para los fines del poder conferido y como su apoderado sustituto se reconoce personería a la Dra. SHARIK ALEJANDRA MATEUS DÍAZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.010.240.279 y tarjeta profesional No. 403.554 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.



MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por PORVENIR y COLPENSIONES y del grado de consulta a su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 21 de junio del 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la UGPP, demandante, Porvenir y Colpensiones.

ANTECEDENTES

La señora YAZMINA TERESA BAYONA ALBA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia del traslado que realizó la demandante del RPMPD al RAIS el 02 de junio del 2000; que se DECLARE que nunca le proporcionaron una información clara y precisa. Como consecuencia, se condene a la AFP PORVENIR a trasladar a Colpensiones la totalidad de lo ahorrado por la demandante en su cuenta de ahorro individual como lo son cotizaciones, bonos pensionales, sumas adicionales a la aseguradora con todos sus frutos e intereses como lo dispone el artículo 1746 del CC, esto es, con los



rendimientos que se hubieren generado hasta el momento en que quede ejecutoriada la sentencia que así lo disponga; se condene a Colpensiones a recibir las sumas trasladadas por la AFP Porvenir; se CONDENE a Colpensiones a reintegrar a su sistema a la demandante, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (ver expediente digital)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 10 de octubre de 1956; que cumplió los 55 años edad el 10 de octubre del 2011; que empezó a cotizar como servidora pública en Cajanal desde marzo de 1986; que para el 01 de abril de 1994 tenía acreditado más de 35 años de edad, por lo que es beneficiaria del régimen de transición; que se encontraba cotizando al ISS; que a la fecha de presentación de la demanda contaba con 1210 semanas de cotización; que el 02 de junio del 2000 fue trasladada a Porvenir; que no se le brindó la información necesaria al momento del traslado; que elevó solicitud de traslado sin obtener una respuesta favorable.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, la **UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL - UGPP**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 16 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó falta de legitimación en la causa por pasiva, inexistencia de la obligación demandada, buena fe e improcedencia de imposición de costas procesales y la genérica.

Por su parte, la **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 2 y 14; negó el 3, 7, 10 y 11 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que



denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.

Finalmente, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 4, 12 y 13 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, buena fe y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: Declárese ineficaz el traslado de régimen pensional que hizo la demandante señora YAZMINA TERESA BAYONA ALBA, identificada con cédula de ciudadanía No. 23.853.694 de Paipa, del Régimen De Prima Media Con Prestación Definida administrado por el extinto Instituto de los Seguros Sociales hoy Colpensiones, al Régimen De Ahorro Individual Con Solidaridad administrado por el FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a partir del 1° de agosto del 2000, conforme a lo expuesto.

SEGUNDO: Declárese válidamente vinculada a la demandante señora YAZMINA TERESA BAYONA ALBA al régimen de prima media con prestación definida administrado por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, conforme a lo indicado en la parte motiva.

TERCERO: Condénese a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. a devolver a COLPENSIONES todos los valores que reposan en la cuenta de ahorro individual de la demandante, junto con sus rendimientos y los costos cobrados por concepto de administración por el lapso en que ha permanecido en dicha administradora esto es desde el 1° de agosto del 2000 y hasta que se haga efectivo el traslado, los costos cobrados por administración los cuales deben ser cubiertos con recursos propios del patrimonio de la administradora y debidamente indexados.

CUARTO: Ordénese a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES a que una vez ingresen los valores de la cuenta de ahorro individual de la demandante, actualice la información en su historia laboral, para garantizar el derecho pensional bajo las normas que regulan el Régimen de Prima Media con Prestación definida.

QUINTO: Absolver de las demás pretensiones a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP-.



SEXTO: Absolver a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES de las demás pretensiones.

SEPTIMO: Declárense no probadas las excepciones planteadas por la accionada, conforme a lo expuesto.

OCTAVO: Condenar en costas de esta instancia a la ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. Por secretaría liquidense e inclúyanse como agencias en derecho la cantidad de TRES MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS (\$3'600.000) a favor de la demandante.

NOVENO: Sin costas ni a favor ni en contra de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES ni de la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTION PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCION SOCIAL – UGPP.

DECIMO: Concédase el grado Jurisdiccional de Consulta a favor de la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES.”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que desde su creación tienen la obligación de brindar una información suficiente y eficaz so pena de declararse la ineficacia del traslado. Criterio que ha sido expuesto por la CSJ. Que no existe prueba de actos de relacionamiento. Que como no hay prueba de que se le haya brindado la información necesaria al momento del traslado se deberá declarar la ineficacia del mismo. Se absuelve del reconocimiento del derecho pensional pues Colpensiones no cuenta con los aportes.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** interpone recurso de apelación argumentando que no existen razones fácticas ni jurídicas que conduzcan a la declaratoria de ineficacia del traslado pues dicha entidad otorgó la información necesaria para que la demandante tomara una decisión libre e informada de acuerdo con los requisitos y características vigentes para su momento, es decir, que la demandante recibió información clara veraz y oportuna con elementos de juicio objetivos para tomar una decisión lo más informada posible; que sólo fue hasta la expedición del Decreto 2555 del 2010, del Decreto 2071 del 2015



y la Ley 1748 del 2015 que las administradoras tuvieron en su cabeza la obligación de brindar la asesoría o información tanto a sus afiliados como al público en general; que la obligación de explicar las consecuencias del traslado de régimen nace tan sólo con el Decreto 2071 del 2015; por lo que no puede exigírsele a la demandada obligaciones inexistentes para la época en que se dio el traslado como lo es la comparación de las ventajas y desventajas; que la consecuencia de la aplicación de la ineficacia tal y como lo dijo la CSJ es declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado, por lo que se tendría que entender que los frutos tampoco se generaron; que así mismo se puede advertir que los rendimientos financieros colocan a la demandante en una situación diferente a la que se encontraría en caso de pertenecer al RPMPD; que los gastos de administración ya fueron invertidos conforme a la ley y no se encuentran en poder de dicha entidad, pues fueron destinadas a cubrir todos los gastos que implicaban la administración de los recursos aportados en la cuenta de ahorro individual de la demandante. Que se debe desestimar la condena en costas.

Por su parte, **COLPENSIONES** interpone recurso de apelación argumentando que solicita se condene a la AFP Porvenir a tratar a la afiliada conforme a las reglas del RPMPD si se prueba en segunda instancia que existió omisión en el deber de información; que Colpensiones se está viendo afectada por las múltiples decisiones condenatorias; que se ve afectado su sostenibilidad financiera.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Yazmina Teresa Bayona Alba, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP Porvenir en el año 2000 fondo en el que se encuentra afiliada actualmente.



En este orden, como bien lo indicó la decisión de primer grado la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad la demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener



la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Yazmina Teresa Bayona Alba, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, **al momento de su traslado** en el año 2000; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir, al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la



obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, a la AFP no le asistiera el deber de brindar a la afiliada la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP**, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora. No pudiendo de ninguna manera entender, como lo pretende Colpensiones, ratificada la voluntad de la demandante de pertenecer al RAIS



por su permanencia en este, ya que como se señaló, dicho acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Porvenir S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año 2000, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que le informaron que el ISS se iba acabar y que tendría una mejor pensión en el RAIS y si bien señala que firmó un formulario para solicitar información y no para trasladarse al RAIS, lo cierto es que no se tachó de falso el formulario aportado por la AFP Porvenir.

Siendo necesario precisar que conforme lo ha reiterado la CSJ no eran los afiliados quienes debían buscar que se les brindara las asesorías, ni se puede pretender decir que el afiliado fue negligente al no buscarlas, pues era obligación de la AFP PRIVADA brindar la asesoría al momento del traslado y no con posterioridad a él, no pudiendo sanearse la falta de información por parte de la AFP PORVENIR con asesorías posteriores al momento en que se dio el traslado inicial, pues como lo ha reiterado la CSJ la ineficacia es insaneable en cuanto no es posible sanear algo que nunca produjo efectos.



Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba, es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados y no la demandante, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

“En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.”

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2000**, resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineficacia de los traslados conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna como lo pretende Porvenir, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la procedencia del traslado de los mismos de manera indexada, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:



*“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades,** pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.” (Negrilla fuera del texto original)*

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera, no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional.

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, se dispondrá **confirmar** la sentencia recurrida frente a este punto.

Siendo necesario precisar, que tampoco le asiste razón a la recurrente Colpensiones en su argumento esbozado en el recurso, según el cual de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPMPD que administra, para lo cual resulta suficiente indicar que junto con la ineficacia, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por el demandante, junto con rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración, durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, ya que una vez trasladados estos dineros, entran a hacer parte del fondo común que administra, contribuyendo a financiar la pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

Tampoco resulta procedente no autorizar el traslado de los rendimientos que generaron los aportes de la demandante durante su afiliación al RAIS, como



quiera que por virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen **no existió** y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido. Siendo necesario señalarle al apoderado de Colpensiones que la CSJ ha sido clara al señalar que la consecuencia de la falta de información al momento del traslado es la ineficacia; por lo que no es posible condenar a Porvenir a que asuma las obligaciones que le hubiesen correspondido a la demandante en e RPMPD.

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

En cuanto al argumento de Porvenir respecto a la condena en costas, se observa que no es procedente absolverla de la misma, como quiera que fue vencida en juicio en los términos del numeral 1 del artículo 365 del CGP.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados.



SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

(En Comisión de Servicios)
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 13-2021-191-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: LIBERTAD GLORIA FIGUEROA HERRERA
DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora Luisa Fernanda Lasso, identificado como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los Treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto las partes, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Trece Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 27 de julio de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término de traslado concedido en auto anterior para presentar alegaciones, fueron remitidas las de ambas partes.

ANTECEDENTES

La señora LIBERTAD FIGUEROA HERRERA, por intermedio de apoderado, interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que la pensión de vejez prevista en la Ley 797 de 2003, es compatible con la de

jubilación consagrada en el Decreto 1214 de 1990, por lo que tiene derecho al reconocimiento y pago de pensión de vejez de la Ley 797 de 2003; como consecuencia de tales declaraciones, peticiona se condene a la demandada a reconocer a su favor pensión de vejez a partir del retiro del sistema pensional, mesadas pensionales retroactivas e intereses moratorios.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que al momento de presentación de demanda, cuenta con 60 años de edad, que durante toda su vida laboral cotizó 1343 semanas al ISS y Colpensiones, que laboró como personal civil de la Policía Nacional por espacio de 20 años, 3 meses y 11 días, obteniendo pensión de jubilación prevista en el Decreto 1214 de 1990, que solicitó ante la demandada reconocimiento y pago de pensión de vejez, la que le fue negada en resolución SUB 169986 de 2020, argumentando que ya contaba con una pensión reconocida otorgada por la Policía Nacional, que contra dicho acto administrativo interpuso los recursos de Ley, siendo confirmada tal negativa.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 2 a 9 y manifestó no constarle el No. 1; propuso como excepciones las que denominó inexistencia de la obligación, imposibilidad jurídica para reconocer y pagar derechos por fuera del ordenamiento legal, buena fe, imposibilidad de condena en costas, prescripción y caducidad.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento RESOLVIÓ:

PRIMERO: **DECLARAR** que la señora demandante causó la pensión de vejez de que trata el artículo 33° de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, la cual es compatible con la reconocida en la Resolución 02613 del 17 de julio del año 2000, otorgada por la Policía Nacional.

SEGUNDO: **CONDENAR** a Colpensiones a reconocer la pensión establecida en el artículo 33° de la Ley 100 de 1993, modificado por el artículo 9° de la Ley 797 de 2003, teniendo como fecha de disfrute pensional el 1° de agosto del año 2020, sobre 13 mesadas anuales, con una primera mesada pensional de \$2.114.445, teniéndose como mesada pensional para el 2021 la suma de \$2.148.487, y para el 2022 la suma de \$2.269.232, calculándose un retroactivo hasta el período de julio del año 2022 de \$56.501.625, el cual debe pagarse debidamente indexado, conforme a las consideraciones expuestas en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: **ABSOLVER** a Colpensiones de las demás pretensiones, por lo expuesto en la parte motiva.

Fundamentó su decisión el la Juez de primer grado señalando que a folios 47 y 48, obraba acto administrativo mediante el cual se había reconocido pensión de jubilación a la actora prevista en el Decreto 1214 de 1990, del 17 de julio de 2000, emitida por la Policía Nacional, que el artículo 48 de la CP, consagraba la prohibición de recibir 2 asignaciones de tesoro público y el artículo 11 de la Ley 100 de 1993, indicaba que el régimen de seguridad social, se aplicaría a todos los habitantes del territorio nacional, el 279 de la misma ley, indicaba que este no se aplicaba a los miembros de las FFMM, Policía Nacional, ni personal regido por el Decreto 1214 de 1990; que la Ley 100, no había consagrado disposición alguna que prohibiera la afiliación al sistema pensional de quienes gozaran de una prestación excluida de dicho régimen, como era el caso de la actora, quien había prestado sus servicios también al sector privado, para financiar una pensión en Colpensiones, como así lo había expuesto la CSJ en sentencia SL 6036 de 2017, en donde frente a la compatibilidad de las prestaciones, señaló que esta prestación si era compatible con las de jubilación, por cuanto la primera, se generaba por aportes efectuados al ISS, de naturaleza parafiscal, siendo viable que se pudiera disfrutar de dos prestaciones, una a cargo del erario y la otra concedida por la entidad administradora del RPM, siendo un yerro por parte de la pasiva el considerar que los dineros con que se financia la pensión de vejez en dicho régimen, son de naturaleza pública.

Que de igual forma, la Ley 797 de 2003, señalaba claramente que los recursos por aportes efectuados en el régimen pensional, no pertenecían a la Nación ni a las entidades que administran el sistema, que en atención a ello, la pensión de jubilación reconocida a la actora, no constituía un obstáculo para que Colpensiones efectuara el estudio de la prestación ante ella reclamada, máxime cuando las semanas cotizadas a esta por la actora, no provenían de sus servicios a la Policía Nacional, pues la pensión de jubilación había sido reconocida por la prestación de sus servicios a esa entidad entre el 16 de junio de 1980 al 12 de

junio del 2000 y las cotizadas a Colpensiones, fueron por parte de empleadores que nada tienen que ver con la Policía Nacional, todos del sector privado, cotizando un total de 1307 semanas cotizadas, sin que la pasiva alegara que dichas cotizaciones eran fraudulentas, que la CSJ en sentencia SL 1698 de 2022, expresó nuevamente la procedencia de la compatibilidad de las prestaciones, cuando la reclamada ante el sistema general de pensiones, tenía como fundamento cotizaciones efectuadas únicamente al sector privado, pues si llegaba a involucrar labores públicas, no era posible concederla simultáneamente; razones para concluir que la prestación reclamada por la actora y la de jubilación de que disfrutaba, no eran incompatibles.

En cuanto a la prestación reclamada, indicó que la actora acreditaba haber alcanzado los 57 años de edad en el año 2018 y haber cotizado 1343 semanas, de las cuales 1307,71 hasta julio de 2020, habían sido cotizadas con ocasión a prestación de servicios con empleadores privados, teniendo causado el derecho pensional reclamado, que había reportado novedad de retiro del sistema para el ciclo de julio de 2020, debiéndose liquidar la prestación conforme los preceptos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, con una tasa de reemplazo de 63.60% y un IBL los últimos años de cotización de \$3.324.099, para una primera mesada pensional de \$2.114.445, sobre 13 mesadas anuales, teniendo como fecha de disfrute de la prestación el 1 de agosto de 2020, correspondiéndole un retroactivo pensional calculado hasta el 31 de julio de 2022 de \$56.501.625.

En cuanto a los intereses moratorios refirió que la CSJ en varias oportunidades había señalado que estos no eran procedentes cuando el actuar de las administradoras encontraba sustento en la norma en que se debía resolver la solicitud, su proceder no se podía calificar como arbitrario o caprichoso y para el caso bajo estudio, sólo en el proceso judicial se había determinado la compatibilidad de las prestaciones, encontrándose justificado su actuar, para absolver de dicha pretensión y en su lugar ordenar el pago de retroactivo debidamente indexado.

En cuanto a la excepción de prescripción indicó que conforme la fecha de causación de la prestación, la demanda había sido radicada el 16 de abril de 2021, no configurándose el medio exceptivo respecto de ninguna de las mesadas pensionales causadas.

RECURSOS DE APELACIÓN

La parte demandante recurrió señalando que procedía la condena por concepto de intereses moratorios ya que el actuar de la demandada sí había sido caprichoso al desconocer toda la jurisprudencia aplicable y su propio concepto proferido en el 2017, en el tema de compatibilidad de prestaciones de vejez y jubilación, en dicha oportunidad señaló haber acogido los lineamientos jurisprudenciales y los aplicaría a casos similares, conocía plenamente dicha línea y no obstante ello, se negó a reconocer la prestación reclamada en actos administrativos proferidos de manera caprichosa.

Colpensiones recurrió señalando que el artículo 128 de la CP consagraba que no se podía percibir más de una asignación proveniente del tesoro público, el artículo 19 de la Ley 4 de 1992 indicaba que no se podía desempeñar más de un empleo público, no configurándose los presupuesto para considerar compatible la pensión de jubilación y la de vejez reclamada, no siendo procedente tampoco la condena en costas, pues el actuar de la demandada está en cumplimiento estricto de la Ley.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos interpuestos y el grado jurisdiccional de consulta a favor de la entidad demandada, se tiene que no fue objeto de reparo que la demandante goza de pensión de jubilación que le fuera concedida por la Policía Nacional mediante resolución 2613 de 2015, por haber prestado sus servicios a dicha institución por más de 20 años.

En punto a la compatibilidad de la pensión reclamada en esta oportunidad por las cotizaciones realizadas al RPM a través de Colpensiones, que dicho sea de paso, tampoco fue objeto de discusión que ascienden a 1343.14 semanas cotizadas conforme documental contentiva de historia laboral expedida por esta última allegada al plenario digital; se tiene que como bien lo adujo el juzgador de instancia, la prestación pensional reclamada no resulta incompatible con la pensión de jubilación de que disfruta la demandante como lo reiteró la Sala Laboral del CSJ en sentencia SL 1127 del 9 de marzo de 2022, oportunidad en que señaló:

Pues bien, en relación con el primer interrogante, de entrada debe destacarse que si bien el artículo 81 de la Ley 812 de 2003 estableció el límite del régimen prestacional de los docentes oficiales hasta el 27 de junio de 2003 –fecha en que la ley fue publicada en el Diario Oficial-, pues quienes se vincularan a partir de ahí se regirían por las previsiones del sistema general de pensiones, tal disposición mantuvo el régimen exceptuado para quienes estaban vinculados con anterioridad a este cambio normativo, previsión que a su vez conservó el Parágrafo Transitorio 1.º del Acto Legislativo 01 de 2005, que es justamente el caso del demandante.

De ahí que si el docente ingresó a laborar al servicio del Estado y particulares simultáneamente y con anterioridad a aquella fecha, estaba habilitado para realizar aportes a cualquiera de los regímenes pensionales consagrados en la Ley 100 de 1993, con la posibilidad de financiar una pensión de vejez o, en su defecto, una indemnización sustitutiva o devolución de saldos, según el caso y el régimen pensional que elija, independientemente de la pensión de jubilación que disfrute en el sector oficial (CSJ SL2649-2020 y CSJ SL3775-2021). Sobre el particular, en esta última sentencia la Sala indicó:

El argumento planteado carece de asidero, pues el recto entendimiento de la norma fue el que le dio el Colegiado de instancia, mismo que coincide con aquel que de antaño ha sostenido la Corte, consistente en que el demandante podía prestar sus servicios a establecimientos educativos de naturaleza pública y obtener una pensión de jubilación oficial, y, simultáneamente, laborar para instituciones educativas particulares para adquirir una pensión de vejez en el ISS, hoy Colpensiones, resultando válido que dichos aportes se trasladaran al RAIS a través de un bono pensional.

De modo que es perfectamente válido que una persona preste sus servicios a establecimientos educativos oficiales y adquiera una pensión de jubilación oficial, y simultáneamente preste sus servicios a instituciones privadas cuyos aportes obligatorios financien una posible pensión de vejez en el ISS, hoy Colpensiones, con la posibilidad de que dichos aportes sean trasladados al régimen de ahorro individual con solidaridad a través de un bono pensional y sin que por ello se genere alguna incompatibilidad entre las prestaciones económicas que cada régimen reconoce (CSJ SL, 6 dic. 2011, rad. 40848 y CSJ SL451-2013), como sucede en el caso.

*Por último, a pesar que no se discute en casación importa destacar que mediante Resolución n.º 16665 de 2002 la Caja Nacional de Previsión Social - Cajanal le reconoció al actor una pensión de jubilación, **prestación que si bien es de origen legal, lo cierto es que es compatible con las cotizaciones que se pretenden compensar y la pensión de jubilación oficial conforme el artículo 3.º de la Ley 114 de 1913, en concordancia con el artículo 19 literal g) de la Ley 4 de 1992, dado que corresponde a la «pensión gracia» que le fue concedida al actor por el tiempo que laboró como docente del Departamento de Antioquia -25 de abril de 1980 hasta 30 de septiembre de 2002-.** (Negrilla fuera del texto original)*

Conforme criterio jurisprudencial en cita, que si bien se refiere a los trabajadores del Magisterio, lo cierto es que resulta plenamente aplicable al caso bajo estudio, ya que el Magisterio al igual que la Policía Nacional, se encuentran previstos en la ley como regímenes exceptuados; sin que ello sea óbice para tener en cuenta las cotizaciones que se efectuaran al RPM y con ocasión de vinculaciones laborales distintas a la de en este caso, la Policía Nacional, máxime cuando también como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencia SL 3452 de 2022 M.P. Fernando Castillo Cadena, las cotizaciones realizadas al RPM, no tienen la vocación de ser recursos provenientes del erario, en dicha oportunidad, la sentencia anotada, se refirió de la siguiente forma:

Con respecto a la doble erogación del tesoro público que afirma la demandante, cabe mencionar que **esta Sala ha señalado en varias ocasiones que las prestaciones a cargo del sistema general de pensiones no corresponden a una asignación proveniente del erario**, pues son el producto de las cotizaciones efectuadas a lo largo de la vida laboral del trabajador, razón por la cual no hacen parte del presupuesto público y tienen el carácter de recurso parafiscal. Es así como en la sentencia CSJ SL2083-2022 en la que se memoró la SL2170-2019, la Corte explicó: (Negrilla fuera del texto original)

Lo anterior, si se tiene en cuenta que las pensiones de vejez reconocidas por el ISS hoy Colpensiones no son una asignación proveniente del erario, por ser este un mero administrador de modo que la prohibición del artículo 128 de la Constitución Política no aplica en estos eventos (CSJ SL 24062, 14 feb. 2005, CSJ SL4413-2014, CSJ SL16083-2015, CSJ SL10671-2016).

Frente a la naturaleza de los recursos administrados por Colpensiones, esta Sala en sentencia CSJ SL 5792 de 2014, reiterada en CSJ SL4538-2018, dijo que:

(...) en relación a si la accionante no puede recibir dos pensiones del erario [...], **esta Corporación ha dicho que las prestaciones que tienen su fuente en el sistema general de pensiones, no provienen del tesoro público**, pues sus recursos ostentan la condición de parafiscales, ya que los mismos son un patrimonio de afectación, es decir, los bienes que lo conforman se destinan a la finalidad que indica la ley; en tal sentido, sobre esos patrimonios no puede ejercerse disposición alguna, razón por la cual, solo se otorga el carácter de administradoras a las entidades que conforman los diferentes regímenes (artículos 52 y 90 de la ley (sic) 100 de 1993), a quienes se confía su gestión.

Así las cosas, se tiene que, contrario a lo indicado por la demandada en su recurso y alegaciones en nada es incompatible la prestación de que ya disfruta la demandante con la de vejez que reclama por los aportes que realizó ante el entonces ISS hoy Colpensiones, máxime cuando la gran mayoría de estos, se realizaron con posterioridad a su desvinculación con la Policía Nacional y con empleadores del sector privado.

En virtud de lo anterior y al no configurarse incompatibilidad alguna en cuanto al reconocimiento pensional, se tiene que como se señaló en apartes anteriores, la demandante acredita una densidad de cotizaciones efectuadas al RPM de 1343 semanas cotizadas hasta el 31 de julio de 2020, aunado a ello no ofreció reparo que para dicha data contaba con 57 años de edad, determinándose como lo indicó la decisión recurrida que la actora reúne los requisitos previstos para acceder al derecho pensional deprecado en los términos del artículo 33 de la Ley 100 de 1993, a partir del día siguiente a su última cotización, esto es, 1 de agosto de 2020.

En cuanto a la liquidación de dicha prestación, en los términos del artículo 21 de la Ley 100 de 1993, le resulta más favorable a la actora liquidar la misma con el promedio de lo devengado en los últimos 10 años como se observa de

liquidación elaborada por el grupo designado para el efecto por esta Corporación, IBL al que le corresponde una tasa de reemplazo del 63.60%, en los términos del artículo 34 de la Ley 100 de 1993, resultando como primera mesada pensional para el año 2020, la suma de \$2.112.981, la que resulta ser levemente inferior a la señalada en decisión de primer grado, por lo que en grado de **consulta**, se modificará el numeral SEGUNDO de la decisión consultada para señalar como primera mesada pensional la suma señalada, imponiéndose de igual forma, la modificación de la suma indicada como retroactivo pensional en el mismo numeral, ascendiendo este a \$56.462.512.

Intereses moratorios

Sobre el particular conviene precisar que la doctrina reiterada de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que los intereses moratorios establecidos en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, proceden como lo indica dicha normatividad en el evento en que haya mora en el pago de las mesadas pensionales; en el caso bajo estudio, resulta clara la demora en que incurrió la demanda en efectuar reconocimiento pensional de la demandante ya que se demostró que para la data en que elevó la petición para el efecto, cumplía con los requisitos para ser beneficiaria de la prestación reclamada, asistiéndole razón al recurrente de la parte demandante en cuanto como se señaló en apartes anteriores, reiterada ha sido la jurisprudencia en indicar que las cotizaciones efectuadas al RPM, no son provenientes del erario, no configurándose por ello, la incompatibilidad con fundamento en la cual se negó el derecho pensional reclamado.

Así las cosas, resulta procedente condenar a la demandada a pagar dicho rubro a partir del 29 de noviembre de 2020, esto es, 4 meses luego de elevada la solicitud para reconocimiento pensional que data del 28 de julio de 2020, como da cuenta la resolución SUB 169986 del 10 de agosto de 2020 aportada en expediente digital, lo que impone revocar el numeral TERCERO de sentencia recurrida y ante la procedencia de los intereses moratorios bajo estudio, de igual forma se dispone revocar la indexación del retroactivo pensional.

Prescripción

Sobre el particular es claro que no se configuró el fenómeno prescriptivo en esta oportunidad por cuanto se determinó que el reconocimiento pensional

opera a partir del año 2020 y la acción judicial objeto de pronunciamiento, fue radicada en el año 2021.

Sin costas en la alzada.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: MODIFICAR el numeral SEGUNDO de la sentencia recurrida, en el sentido de indicar que la primera mesada pensional a reconocer a la actora, asciende a la suma de \$2.112.981 y como retroactivo pensional, la suma de \$56.462.512, la que no debe ser objeto de indexación.

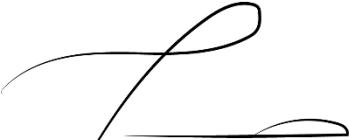
SEGUNDO: REVOCAR el numeral TERCERO de sentencia apelada, para en su lugar CONDENAR a la demandada Administradora Colombiana de Pensiones – Colpensiones al pago a favor de la demandante de intereses moratorios sobre el retroactivo pensional antes señalado a partir del 29 de noviembre de 2020 y hasta el momento en que efectúe el reconocimiento pensional objeto de condena.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia recurrida, por las razones señaladas en la parte motiva.

TERCERO: SIN COSTAS en en la alzada.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
Magistrada

(En Comisión de Servicios)
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
Magistrado


LORENZO TORRES RUSSY
Magistrado



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 23-2022-00061-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: CONSTANZA FABIOLA GUAQUETA SÁNCHEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la sociedad **TABOR ASESORES LEGALES S.A.S.** representada legalmente por la Dra. **MARÍA CAMILA RIOS OLIVEROS**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.026.275.391 y tarjeta profesional No. 272.749 del C.S de la J como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderado sustituta se reconoce personería al Dr. **LUÍS ALEJANDRO TAPIAS QUINTERO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.015.436.556 y tarjeta profesional No 287.154 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por PORVENIR y del grado de consulta a favor de Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Veintitrés Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 09 de septiembre del 2022.

ALEGACIONES



Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Colpensiones

ANTECEDENTES

La señora CONSTANZA FABIOLA GUAQUETA SÁNCHEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad por falsedad de documento privado y, que se declare que la AFP Porvenir no la asesoró conforme a la ley al momento del traslado. Como consecuencia se condene a la AFP Porvenir a trasladar los dineros obrantes en la cuenta de ahorro individual con sus respectivos rendimientos, cuotas de administración y demás descuentos realizados; se ORDENE a COLPENSIONES a recibir el traslado de régimen y, los dineros provenientes de Porvenir; se condene a PORVENIR asumir las consecuencias económicas por la falta de información, diligencia y oportunidad en la asesoría en materia de pensiones, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (ver expediente digital)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 20 de septiembre de 1963; que ha cotizado al Sistema General de Pensiones desde marzo de 1987; que según su historia laboral ha cotizado al ISS hoy Colpensiones y a Porvenir; que se trasladó a la AFP Porvenir; que el señor Edwin Rodríguez representante de la demandada firmó y diligenció el formulario de afiliación a la AFP Porvenir sin que la demandante manifestara su voluntad de trasladarse, ni diera autorización; que Porvenir no le brindó ninguna información ; que Porvenir en comunicado de fecha 28 de diciembre de 2021 dio respuesta a su petición señalando que la firma plasmada en el formulario de vinculación no corresponde a la de la demandante y le adjunta el informe del análisis grafológico en el cual se indica que la firma del formulario no corresponde; que solicitó a Colpensiones la nulidad de su traslado sin obtener una respuesta favorable.



CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó no constarle el 5, 6, 10, 14, 15 y 16; dijo que el 7 era parcialmente cierto; que el 17 no era un hecho y, aceptó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó buena fe, prescripción de obligaciones laborales de tracto sucesivo y la innominada o genérica.

Al contestar la demanda, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 14 y 15 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó la inoponibilidad de la responsabilidad de la AFP ante Colpensiones en casos de ineficacia de traslado de régimen, imposibilidad de declarar la nulidad y/o ineficacia del 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, buena fe de Colpensiones, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, presunción de legalidad de los actos jurídicos, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

“PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA de la afiliación o traslado de la demandante **CONSTANZA FABIOLA GUAQUITA SÁNCHEZ**, al régimen de ahorro individual con solidaridad administrado por la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.**, conforme a lo expuesto en la parte motiva de la sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada **SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A.** a devolver o trasladar a la **ADMINISTRADORA**



COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES, todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación de la demandante **CONSTANZA FABIOLA GUAQUETA SÁNCHEZ**, junto con los rendimientos causados y pagados a dicha administradora sin la posibilidad de descuento alguno ni por gastos de administración, ni por cualquier otro concepto, dadas las consecuencias de la ineficacia incluidos los gastos administración y primas de seguros previsionales de invalidez y sobrevivencia, y el porcentaje destinado al fondo de garantía de pensión mínima, debidamente indexados, desde la fecha de causación hasta la fecha efectiva de su pago.

TERCERO: DECLARAR que la demandante **CONSTANZA FABIOLA GUAQUETA SÁNCHEZ**, para efectos pensionales, se encuentra afiliada al régimen de prima media con prestación definida, hoy administrado por la **ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES COLPENSIONES**, por las razones expuestas.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: SIN COSTAS en esta instancia...”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que se probó que a la demandante no se le brindó ninguna asesoría por lo que se debe declarar la ineficacia del traslado; que se debe declarar no probada la excepción de prescripción y no se imponen costas.

RECURSOS DE APELACIÓN

PORVENIR interpone recurso de apelación argumentando que efectivamente realizaron el estudio de la rúbrica que fue plasmada en el formulario de afiliación teniendo como resultado que el mismo era falso; que le indicaron a la demandante el procedimiento a seguir y, que están en disposición de realizar el traslado de todo lo que la demandante tenga en su cuenta de ahorro individual. Que solicita se revoque la orden de devolver las sumas descontadas por gastos de administración y sumas previsionales y aportes al fondo de garantía mínima, pues dichos gastos también se cobran en el RPMPD lo cual puede ser compensado con lo que se cobró en el RAIS y teniendo en cuenta que los aportes de la demandante tuvieron unos rendimientos, con dichos valores se cubren los valores adicionales a los que fueron condenados como lo son la devolución de los gastos de administración.



CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, así como el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora CONSTANZA FABIOLA GUAQUETA SÁNCHEZ, se circunscribe a la declaratoria de **nulidad** de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, en el año de 1999 a través de Porvenir, aduciendo que no le habían brindado el deber de información y tampoco suscribió formulario de afiliación alguno ante esta AFP.

En cuanto al formulario de afiliación en comento, el cual fue aportado dentro de la actuación procesal, quedó suficientemente demostrado en la instancia que dicho formulario de vinculación con el que se pretendió hacer valer la afiliación de la demandante al RAIS, no fue suscrito por esta, circunstancia que se determinó con estudio grafológico que aceptara esta demandada haber realizado ante la manifestación de la demandante de nunca haberlo suscrito.

Conforme lo señalado en precedencia es claro en el presente asunto que si bien se alegó una falta al deber de información por parte de la AFP Porvenir, resultaría inocuo abordar el estudio de dicha obligación, como quiera que como se señaló en precedencia, quedó demostrado que la señora Costanza Fabiola Guaqueta Sánchez ni siquiera suscribió formulario de afiliación alguno que permita concluir que en principio consintió dicho acto de traslado, consentimiento que como lo indica el artículo 1502 del Código Civil, constituye requisito ineludible para la celebración de cualquier acto jurídico.

Es así como al haber adolecido tal afiliación de la voluntad y consentimiento de quien presuntamente se obligó, esto es la demandante, el mismo resulta afectado de **nulidad**, en los términos del artículo 1741 del Código Civil, figura que como lo indica el artículo 1746 del mismo estatuto, tiene como efecto el regreso al mismo estado en que se hallaban las cosas antes de efectuarse dicho acto, como lo indicó la Sala Laboral de la Corte Suprema



de Justicia en reciente sentencia SL2946 de 2021, M.P. Clara Cecilia Dueñas:

En la medida que el legislador no previó un camino específico para declarar la ineficacia distinto al de la nulidad, en sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL3464-2019, CSJ SL2877-2020 y CSJSL373-2021, la Sala explicó que las consecuencias prácticas de la primera declaración son idénticas a la de la segunda (vuelta al *statu quo ante*). Con asidero en este argumento, la Sala Civil de esta Corporación igualmente ha afirmado que *«cualquiera sea la forma en que se haya declarado la ineficacia jurídica (entendida en su acepción general), bien porque falte uno de sus requisitos estructurales, o porque adolezca de defectos o vicios que lo invalidan, o porque una disposición legal específica prevea una circunstancia que lo vuelva ineficaz, la consecuencia jurídica siempre es la misma: declarar que el negocio jurídico no se ha celebrado jamás»* (CSJ SC3201-2018). (Negrilla fuera del texto original)

De tal manera al haberse comprobado con suficiencia que dicho acto de afiliación es nulo, por cuanto en él no medió el consentimiento de la demandante, le corresponde a Porvenir, efectuar el traslado de aportes en los términos señalados en sentencia recurrida.

Ahora bien, no resulta de recibo que para aceptar el traslado de la demandante, deba mediar decisión de declaratoria de falsedad emitida por la Fiscalía General de la Nación, ya que no se discutió en el trámite procesal que la firma vertida en el formulario de afiliación de la demandante, no corresponde a la de ella, sin que sea dable imponerle cargas adicionales que no le exige la Ley para demostrar que el acto de afiliación adoleció de su consentimiento, cuando tal circunstancia fue plenamente aceptada por la demandada Porvenir, entidad ante la cual presuntamente había suscrito dicho formulario.

Ni menos se puede entender saneada tal vinculación por el hecho de la permanencia de la demandante en el RAIS, ya que desde su nacimiento tal acto de afiliación, **no produjo efectos**, en tanto no medió la voluntad de la demandante para ello.



Igualmente, en cuanto al argumento de que el regreso de la demandante al RPM, implica la descapitalización del mismo, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS junto con rendimientos y gastos de administración, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, aunado a lo cual, la demandante no debe asumir las consecuencias de un traslado de régimen pensional, que se itera, no consintió.

Tampoco resulta procedente no autorizar el traslado de los rendimientos o que con estos se compensen la condena impuesta de devolución de los gastos de administración y seguros previsionales, como quiera que por virtud de los efectos de la nulidad, se considera que dicho traslado de régimen **no existió** y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido.

Por lo señalado en precedencia, se **modificará** el numeral PRIMERO de la sentencia recurrida en el sentido de indicar que el acto de traslado allí descrito, adolece únicamente de NULIDAD.

De igual manera, se considera que hay lugar a DECLARAR que Colpensiones puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en el traslado de régimen pensional sin el lleno de los requisitos que promovió Porvenir S.A., aspecto en el que se adicionará la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE:



PRIMERO: MODIFICAR el numeral **PRIMERO** de sentencia recurrida, en el sentido de indicar que el acto de traslado allí descrito, adolece de NULIDAD; conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que Colpensiones puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en el traslado de régimen pensional sin el lleno de los requisitos que promovió Porvenir S.A.

TERCERO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso

CUARTO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

(En Comisión de Servicios)
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES FUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 15-2018-552-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MARGARITA MARTÍNEZ DE MARTÍNEZ

DEMANDADO: FONDO PASIVO SOCIAL DE FERROCARRILES NACIONALES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la entidad demandada, revisa la Corporación el fallo proferido el 26 de julio de 2022, proferido por el Juzgado Quince Laboral del Circuito de esta Ciudad.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recepcionaron vía correo electrónico las de la parte demandante, quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora MARGARITA MARTÍNEZ DE MARTÍNEZ, por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral a fin de que se declare que la demandada es la entidad obligada a reconocer y pagar a su favor pensión de sobreviviente que disfrutaba el señor Jairo Martínez, a partir del 13 de abril de 2017; por lo que solicita se le condene a efectuar dicho reconocimiento pensional en el monto que devengaba el causante, junto con intereses moratorios.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que el Fondo demandado es el sustituto de las obligaciones causadas por la extinción de la empresa

Ferrocarriles Nacionales, que el señor Jairo Martínez, falleció el 12 de abril de 2017, data para la cual, ostentaba la calidad de pensionado por parte de la sociedad en mención, que ella y el causante, contrajeron vínculo matrimonial el 3 de febrero de 1979, el que permaneció vigente hasta la fecha de fallecimiento del señor Jairo, ya que convivieron como pareja de manera permanente e ininterrumpida, tiempo durante el cual, procrearon 4 hijos actualmente mayores de edad.

Afirma que por motivos estrictamente económicos, la sociedad conyugal existente fue liquidada de común acuerdo el 20 de enero de 2017, que ostenta la calidad de pensionada por vejez por parte del ISS y tiene derecho a la pensión de sobreviviente por ser la única beneficiaria del causante, que el señor Jairo Martínez en el año 2007, declaró que convivía en matrimonio con ella hace más de 27 años, manifestando su voluntad de que al momento de su fallecimiento, la pensión de que disfrutada le fuera sustituida a la demandante.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La demandada contestó oponiéndose se opuso a las pretensiones, respecto de los hechos, aceptó los contenidos en los numerales 1 a 3, 6 y 10, negó los No. 12 y 13 y manifestó no constarle los demás, propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe e inexistencia de las obligaciones reclamadas.

La curadora ad – litem de la convocada interviniente ad excludendum, señora Francly Elena Pérez, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en numerales 1 a 3, negó el No. 12 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de prescripción, buena fe, novación y compensación e inexistencia de la obligación y cobro de lo no debido.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

PRIMERO: DECLARAR a la demandada FONDO PASIVO DE FERROCARRILES NACIONALES, al reconocimiento y pago a favor de la demandante de pensión de sobrevivientes que dejó causada el señor Jairo Martínez Martínez, a partir del 13 de abril de 2017 en cuantía de \$1.480.761, suma que venía devengando el causante al momento de su deceso y en el mismo número de mesadas que venía devengando este.

SEGUNDO: ABSOLVER a la demandada FONDO PASIVO DE FERROCARRILES NACIONALES de las demás pretensiones invocadas, específicamente los intereses moratorios.

TERCERO: ABSOLVER a la demandada FONDO PASIVO DE FERROCARRILES NACIONALES de las demás pretensiones invocadas o derechos que pudiera tener la señora FRANCY ELENA PÉREZ y frente a la misma DECLARAR que la presente decisión, no tiene los efectos de cosa juzgada frente a los posibles derechos que tenga la señora Francy Elena Pérez.
(...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando:

Tenemos en el presente asunto los siguientes presupuestos de orden fáctico que no son motivo de discusión, se encuentra acreditado que mediante resolución 1030, el 15 de septiembre del año 1983, el señor Jairo Martínez Martínez fue pensionado por su empleadora Ferrocarriles Nacionales de Colombia, conforme lo anterior entonces el fallecimiento de un pensionado genera el posible derecho a una pensión de sobrevivientes; al respecto obra a folio 22 del plenario y también el expediente administrativo que allegó la parte demandada, copia de registro civil de defunción donde se da cuenta que el señor Jairo Martínez falleció el día 12 de abril del 2017, lo cual genera una pensión de sobreviviente que debe el operador judicial como primer aspecto entrar a determinar ¿Cuál es el valor aplicable? En caso de derecho al reconocimiento de una pensión de sobrevivientes evidenciando o indicando que es la vigente al momento del deceso. En este asunto teniendo en cuenta la fecha de fallecimiento del señor Jairo el día 12 de abril del año 2017, no es otra sino la ley 100 y sus artículos 46 y 47 con sus modificaciones introducidas por la ley 797 del 2003 al respecto esta norma dispone lo siguiente: tendrá derecho a la pensión de sobrevivientes.

1. Los miembros del grupo familiar del pensionado por vejez, invalidez por algo común que en este caso no ocurre y el artículo 47 regula quiénes son los beneficiarios de esa pensión de sobrevivientes.

Beneficiarios de la pensión de sobrevivientes, son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes a) en forma vitalicia al cónyuge, la compañera o compañero permanente, siempre y cuando dicho beneficiario tenga 30 o más años de edad, en caso de que se cause por la muerte del pensionado. El conyugue y la compañera o compañero permanente Supérstite deberá acreditar que estuvo haciendo vida marital con el causante antes de su muerte, que haya convivido con el fallecido no menos de 5 años continuos con anterior a la muerte en forma temporal. Si respecto a un pensionado hubiese un compañero o compañera permanente con sociedad anterior conyugal no disuelta y derecho a percibir parte de la pensión de que trata los literales a y b del presente artículo, dicha pensión se dividirá entre ellos en proporción al tiempo de convivencia. En caso de convivencia simultánea, últimos 5 años antes del fallecimiento del causante entre un cónyuge y una compañera, el beneficiario/a del pensionado, será la esposo/a se declaró inexequible incondicional en el sentido de que ambos están en igualdad de condiciones, no se puede proferir a la esposa, sino existe convivencia simultánea y este es el aspecto que ya voy a entrar a analizar, que es como el problema factico, un problema jurídico es este y se mantiene vigente la unión conyugal. Pero hay una separación de hecho, la compañera/o permanente podrá reclamar la cuarta parte de lo correspondiente al literal en un porcentaje proporcional al tiempo convivido con el causante, siempre y cuando haya sido superior a los últimos 5 años antes del fallecimiento del causante. La otra parte le corresponderá al cónyuge, con el cual existe la sociedad conyugal vigente. Entonces en el presente asunto, se evacuaron y cobran relevancia para este operador judicial las siguientes pruebas en las que obran en el plenario, entonces se recibió el testimonio del señor John Jairo Martínez Martínez y dijo la señora demandante y el causante Jairo Martínez era mi papá, ellos se casaron en el año 79, yo nazco en el 76, cuando ellos aún no estaban casados, ellos estaban conviviendo desde el año 72 en unión libre, mi hermana mayor, Luz Yaneth Martínez, que nace en el 73, viví con mis papás, hasta que tenía 20 años porque después formalice mi hogar, viví con mi papá en el barrio Guacamayas, después nos vamos a vivir al centro, barrio Santa Fe, a la calle 23, a #18-23, apartamento 501, luego mi hija nace y viví con ellos 2 años. Somos cuatro hijos, las dos hermanas menores que me siguen, el suscrito y hay una menor que vive aún con mi mamá en el mismo lugar donde vivió con mi papá siempre fuimos muy unidos, mi papá muere el 12 abril del 2017. Él estaba llevándole el desayuno a mi mamá, se desmaya allí y derrama una lágrima, lo llevamos a urgencias al hospital Mederi, mi papá siempre fue muy unido con mi mamá, yo tengo 46 años y nunca hemos conocido hijos fuera del matrimonio siempre vivieron juntos, compartiendo el mismo lugar, unos meses antes de que falleciera se hizo una cesión de los derechos por un tema patrimonial, pero ellos nunca se separaron; eso sí, como en todas las relaciones no faltaron los inconvenientes, pero nunca se separaron. Esto de la disolución conyugal fue por temas económicos y entonces para evitar poner en riesgos los bienes le concedió los derechos a mi mamá, eso fue el apartamento y lo hicieron de común acuerdo, pero fue por temas económicos porque tenía una deuda y lo iban a embargar.

Se le preguntó respecto a la señora Francy Elena dijo no conocerla, no tengo conocimiento de ella, el día que falleció estaba con mi mamá, la velación fue desde la fecha, él estaba afiliado a la Asociación de Pensionados del Fondo de Ferrocarriles, ellos están obligados a un plan de exequias, recuerdo que vi que la sala era muy pequeña, entonces opté por pagar un excedente para que nos dieran una sala más grande, ahí estuvimos solamente mi mami y los cuatro hijos, mi papa nunca se fue a vivir con otra persona siempre vivió en el mismo hogar que mi mama, ella lo acompañaba a sus citas médicas, mi hermana también, a lo último, él estaba con una enfermedad, pero siempre estuvimos muy presentes, lo acompañábamos a reclamar medicamentos, a veces se quedaba solo, nunca tuvimos conocimiento que había otra persona, mi papá tuvo afiliada un tiempo a mi mamá, pero como ella ya entró a laborar entonces ya pudo estar como cotizante, nunca tuvimos conocimiento que tuviera afiliada a otra persona, como dicen en salud.

La señora Luz Marina Briceño: hace más o menos 25 años, la conocí en nuestro trabajo, estábamos trabajando en la Secretaría de Integración social, fuimos compañeras de trabajo, cuando nos conocimos ella siempre manifestó que vivía con el esposo, nosotros nos veíamos en que estábamos como amigos, íbamos de visita, fui varias veces al apartamento del Barrio Santa Fe, allá hacíamos varias reuniones de amigas y compañeras y siempre vi que estaba con él, tenían su alcoba matrimonial, todo normal, íbamos cada vez que se presenta la oportunidad por ahí 2 veces al año o más que yo tenga conocimiento, tuvieron 4 hijos, muchas veces que fui estaban los hijos. Todos ellos se fueron organizando y creando sus propios hogares, ellos siempre estuvieron juntos nunca me enteré que se separaran o algo. Respecto a la actividad comercial del señor Jairo el trabajo en Ferrocarriles cuando tenía tiempo realizaba otras actividades, arreglaba locales y buscaba la manera obtener dinero, él era pensionado, pero no sé cuándo, él murió el 12 de abril de 2017 de un infarto fulminante, nosotros después del fallecimiento hemos seguido teniendo nuestra amistad y ahora que ya estamos presionadas, pertenecemos a una asociación entonces ahí nos vemos, estaban juntos hasta el día que falleció el señor Jairo, ella trabajaba, pero el sueldo no le alcanzaba, ella contaba que él era el que hacía mercado y pagaba los estudios de los hijos porque el sueldo no le alcanzaba, ya que eran 4 hijos; respecto a la señora Francy dijo que nunca había escuchado de ella que si la señora luz es pensionada, si de La Secretaria de Integración Social, señaló: la última vez que yo me vi con él, con el señor Jairo fue más o menos en diciembre del año 2016, unos meses antes del fallecimiento, ahí estaba él con los hijos, fue porque me invitaron a una comida.

Se recibió el testimonio de la señora Lucía Rodríguez Robles; tengo 74 años, ella es la suegra de mi hija, yo los distinguí en el barrio, fuimos vecinos en el Guacamayas, conocí a Don Jairo primero hace más o menos 37 años, ya ahí empezamos a distinguírnos, mi hija estudiaba y el hijo de él también estudiaba en el mismo colegio y se enamoraron, yo luego ya llegué a vivir el barrio, ellos ya vivían ahí y ya tenían 4 hijos, 3 mujeres y un hombre, allí duraron 10 años más o menos en el barrio, después se fueron a vivir a un apartamento que compraron, una vez fui a conocer, según tengo entendido ellos nunca se separaron siempre vivieron juntos, yo supe que él sufría de unos ataques y uno de esos fue llegando a casa que fue el 12 de abril del 2017, ellos varias veces vinieron acá después de que se fueron, a visitarme a mi casa en Guacamayas, la última vez que lo vi fue como en noviembre de 2016 y falleció en el 2017.

He recibido el interrogatorio de la señora Margarita, dijo, tengo de 70 años soy pensionada con la Secretaria de Integración Social, yo inicié unión libre con mi esposo a partir del 1 de febrero del 72 en esa unión libre nacieron Luz Janeth y John Jairo en el 79, ya contrajimos matrimonio y nació Esther y Andrea Martínez, un total de 4 hijos, estuvimos siempre los dos ayudándonos, él nos enseñó a ser una familia unida después de haber sido pensionado por ferrocarriles, se rebuscó o salió a trabajar en otro lado, él sabía hacer varias cosas en varios campos, estuvo trabajando como mensajero, yo trabajaba también y con mi sueldo no era suficiente con 4 hijos, entonces nos ayudábamos entre los dos, estuvimos viviendo juntos sin separarnos hasta el 12 de abril del 2017 fecha en la que falleció, cómo en todo hogar habían disgustos, pero separarnos nunca, él se nunca se fue de la casa, yo tampoco, nunca me fui, nunca tuvimos una separación, siempre los dos dando ejemplo a nuestros hijos de nuestro matrimonio, sobre la disolución de la sociedad conyugal, dijo, esa liquidación fue porque estuvimos de acuerdo en eso, porque él tenía unos problemas económicos y se podía ver afectado nuestro patrimonio, pero eso no significó que nos separáramos, tras el fallecimiento siempre vivimos juntos, está vigente nuestro matrimonio, él madrugo ese día a traer el desayuno, salió en ese momento, el golpeó entonces yo salí a abrirle y fue cuando lo vi acostado en la entrada del apartamento le dio un ataque fulminante, allí estábamos viviendo con mi hija menor y las nietas, las dos hijas de ella y allí también están las otras dos niñas de la otra hija, Johana; las nietas estaban con nosotros, la velación fue en la capilla de los olivos, la capilla de Santa fe, eso fue un miércoles Santo, entonces el entierro no se pudo hacer en una iglesia porque era jueves y viernes santo, ahí nos hicieron una visita, nos llamaron a la carrera 78 para continuar el trámite, se hizo cremación, posteriormente él se encuentra en la iglesia, ya se llevó los restos a la Iglesia el señor de los milagros, nosotros vivimos un tiempo en la Calle 13 con

carrera 13 a cuadra y media de los ferrocarriles, allí también funcionaba el bolivariano, nuestro matrimonio lo hicimos en ese mismo barrio, desde ahí nos salió la casa por la Casa Social y fue en el barrio Guacamayas, antes de irnos a esa casa, nos casamos, en Guacamayas estuvimos viendo un lapso de 15 o 16 años, luego ya nos devolvimos para el centro en el Barrio de Santa Fe y ahí fue donde él falleció, que si conoce a la señora Francly, no, ni idea de esa señora nunca se la escuché nombrar, yo recuerdo que en el año 2007 hicimos una declaración con mi esposo, en la cual él dice claramente que en caso de fallecimiento quiere que la pensión me sea entregada a mí, madre de sus 4 hijos, él dejó una copia de eso en el fondo pasivo, yo me pregunto porque no me han dado la pensión si esa era su voluntad.

Más o menos vivimos en Guacamayas desde el año 96 u 86, no recuerdo muy bien la fecha, en Santa fe si más o menos en el 2002, desde el año 2004 me parece que él me desvinculó por motivo de que como tenía una cirugía de rodilla para la incapacidad tocaba estar como cotizante en la EPS, porque me daban una incapacidad de casi 6 meses y necesitaba que me la pagara; para el tema de salud, mis hijas lo acompañaban a veces, yo iba a los trámites pensionales yo lo acompañaba muy poco, a él le gustaba ir solo, a los eventos de ferroviario y todo eso, iba conmigo y con los hijos, incluso alguna vez llevó a esos actos de los ferroviarios a los hermanos, estoy pensionada desde el 2012, no sé exactamente, creo que en marzo de 2012, respecto a la fuente de ingresos, recibo recursos de mi pensión y mis hijas a veces me ayudan, mi hija menor es la que sobre todo me ayuda y mi yerno, ellos son los que me están manteniendo, los otros hijos también colaboran, pero no mucho; la señora Francly no tengo idea, quién es esa señora hasta ahora es que la oigo nombrar, sobre la liquidación, eso lo hicimos de común acuerdo, él me cedió los derechos del apartamento para evitar un embargo, nosotros no teníamos ningún problema, hicimos esa liquidación de común acuerdo con la situación económica que le estaba pasando para que no me quitaran el apartamento, no nos embargaran, cuando me desafilio, yo nunca me enteré que él había afiliado después a otra beneficiaria, si alguien se hubiera dado cuenta, me hubieran contado, lo único malo que hemos hecho es que hicimos esa liquidación, pero eso fue como un acuerdo y para salvar nuestro apartamento; él hacía sus vueltas, él iba al médico, a veces lo acompañaba, a veces no. Él sacaba sus citas, el mantenía con vitaminas, no era porque estuviera grave y que no pudiera ir solo, sino que lo acompañamos.

En el día de hoy se recibió entonces la declaración del señor Jaime Martínez Martínez, hermano del señor Jairo; el señor Jaime reiteró lo que dijeron los demás testigos hijos en cuanto a que primero fueron novios, después ya se fueron a vivir, luego se casaron, procrearon 4 sobrinos, que estuvieron viviendo primero al lado del bolivariano en la Jiménez, después para el barrio Guacamayas y luego volvieron a Santa Fe, que él los vio siempre como una pareja normal que siempre estuvo viviendo con la señora Margarita, que no conoció a la señora Francly.

Al respecto, pues valorado bajo los principios de la sana crítica, libre apreciación de la prueba y teniendo en cuenta especialmente estas declaraciones, igualmente las declaraciones que obran en el plenario y también la manifestación que hace el señor demandante junto con la señora Margarita que obra a folio 21, a los 16 días del mes de octubre del año 2007, recordemos que la ley 1204 del 2008, dispone que para simplificar el trámite sustituciones pensionales de cualquier operador, sea público o privado, el empleador tenga a su cargo el reconocimiento de pensiones, sean legales o convencionales. El pensionado al momento de notificarse, podrá solicitar por escrito que en caso de su fallecimiento, la pensión le sea sustituida de manera provisional a quienes le señale como sus beneficiarios con los respectivos documentos que acrediten la calidad de tales, para efectos de determinar el grado de invalidez, se requiere la evaluación ante la junta médica de invalidez con cargo a la EPS, si el trato del afiliado con cargo a la misma pensión, parágrafo 2 el hecho que el pensionado no hubiera modificado los nombres de su cónyuge y/o compañera permanente se establecen a favor de estos, esa es la presunción legal de no haberse separado de él o ella por su culpa; presentación de solicitud: fallecido el pensionado en el evento que este haya solicitado la sustitución pensional, sus beneficiarios deberán presentar la solicitud de la sustitución definitiva, adjunto el registro civil de defunción y la constancia de presentación de la solicitud de traspaso pensional del artículo anterior, en el evento que el fallecido no haya solicitado la sustitución pensional, sus beneficios podrán acudir a sustituirle, previa solicitud escrita al operador pensional y se procederá acordar trámites para los titulares y para definir la sustitución definitiva, los solicitantes actuarán en formulario formato que expida el operador mediante solicitud escrita dirigida a la entidad operadora; y el artículo sexto dice: definición de derecho a esta sustitución pensional caso de controversia, suscitado entre los beneficiarios, se procederá a la siguiente manera: si la controversia radica entre cónyuge y compañera o compañero permanente, se procederá reconociendo el 50% de la pensión dividido por parte iguales entre el número de hijos comprendidos, el 50% quedará pendiente de pago por parte del operador mientras la jurisdicción correspondiente defina a quién se le da asignar y en qué proporción será, como compañero permanente o ambos, si es el caso, conforme al grado de convivencia ejercido según las normas legales que lo regulan.

Valorado bajo los principios de la sana crítica y la libre apreciación de la prueba, debemos concluir lo siguiente: que la señora Margarita Martínez era casada con el señor Jairo Martínez Martínez, es su cónyuge conforme el Registro Civil, incluso que ahora en el plenario y que también trajo el señor apoderado actualizado, no aparece ninguna anotación en el mismo de cesación de los efectos civiles de dicho matrimonio, separación, divorcio en el mismo aparece una constancia de la liquidación de la sociedad conyugal de los esposos, el día 27 de enero del año 2017, que ya me referiré sobre eso, así las cosas, pues debemos tener en cuenta, la condición de esposa de la señora demandante del señor Jairo, igualmente se acredita de la prueba testimonial evacuada y la declaración que rindió y demás elementos probatorios que obran en el plenario que presentan una convivencia superior a los 5 años que exige la norma mencionada; al respecto, pues la Corte Suprema de Justicia, ha sido reiterada en el sentido que esa convivencia debe ser superior a 5 años en cualquier época y en ese orden esta corporación ha sostenido, por ejemplo, la sentencia SL 414, del 2020, que tratándose de la comunidad entre cónyuge y separados, de hecho, pero con vínculo matrimonial vigente la exigencia de 5 años para reclamar la pensión de sobreviviente, se pueden acreditar en cualquier tiempo, siempre que el lazo conyugal se mantenga vigente; así dijo en la sentencia del 24 de enero de 2012, radicado 41637.

Así las cosas, se acredita esta convivencia superior a 5 años por la señora demandante, incluso y da fe las declarantes, coinciden en el aspecto que esta convivencia se lleva hasta el día de la muerte, incluso el señor falleció, como relataron los testigos, haciendo el mandado de la mañana, trayendo los elementos necesarios para preparar el desayuno, de allí es más que evidente que en ese momento estaban conviviendo con la señora Margarita; entonces así las cosas, se acredita este aspecto de la convivencia superior a 5 años en su condición de cónyuge, lo reitero en el registro civil no aparece una constancia de que se hayan cesado los efectos civiles, se hayan divorciado, separado y demás; aparece lo correspondiente a la disolución de la sociedad conyugal, entonces al respecto vamos a analizar este aspecto, que es el punto principal o problema jurídico que refiere la parte demandante, recordemos que este aparte que establece que para un cónyuge separado de hecho debe mantener la sociedad conyugal vigente, si no, no da derecho a la pensión de sobrevivientes, la Corte Constitucional lo analizó en sentencia C 515 del 2019 en donde consideró ajustada derecho a dicha concesión y consideró la Corte; los demandantes decían que violaba el derecho a la igualdad, porque entonces la persona con la sociedad conyugal disuelta no tendría derecho a la pensión y la Corte consideró ajustado a derecho que no se tuviera derecho a la pensión de sobrevivientes frente a la persona con sociedad conyugal disuelta.

En la sentencia C 1094 del 2003, la Corte señaló que la finalidad de este derecho pensional es la protección de la familia como núcleo fundamental de sociedad, de tal suerte que las personas que dependían económicamente del causante, pueden seguir atendiendo sus necesidades de subsistencia sin que vaya alterar la situación social y económica conformada en vida del pensionado o afiliado que haya fallecido y más adelante dice: es claro que el artículo 47 fue modificado, creó una regla general al momento de estudiar los requisitos para los cónyuges o compañeros permanentes que da prelación a la convivencia con el causante por más de 5 años antes de su fallecimiento, por encima de cualquier vínculo formal; sin embargo, el legislador decidió a su vez crear el aparte demandado, parte final del inciso 3 del literal b, una excepción a dicha regla, determinando que el derecho a la pensión de sobrevivientes se conservara una cuota parte de los cónyuges que en argumento hubiese convivido por más de 5 años, pero que estén separados de hecho, sin convivencia al momento de la muerte del causante, pero que hubiesen decidido mantener los efectos patrimoniales del matrimonio, esto es la sociedad conyugal vigente, por lo cual en esta excepción, el legislador optó por desplazar el criterio de convivencia por el de vigencia de la sociedad conyugal, como se evidencia, concluye la Corte que efectivamente está ajustado a derecho que se niegue la pensión por la disolución. Bueno, entonces, esa es la posición de la Corte Constitucional en esta sentencia, es decir que si se encuentra ajustado a derecho que el legislador establezca como requisito para el reconocimiento de la pensión de un sobreviviente mantener vigente la sociedad conyugal.

Al respecto, la honorable Corte Suprema de Justicia esta posición también en cierta manera, es asumida por el Consejo de Estado; sin embargo, la Corte Suprema de Justicia en las sentencias citadas por el señor apoderado de la parte actora, en la parte pertinente, por ejemplo, la sentencia radicado 18669 el 22 de enero de 2003, indicó: la disolución liquidación de la sociedad conyugal no rompe el vínculo matrimonial, ya que interpretaba sistemáticamente la respectiva artículo primero de la Ley 12 del 75 y la Ley 113 del 85, se colige que la cónyuge tiene derecho a la pensión de jubilación de disfrutaba el esposo, siempre y cuando diga vigente el vínculo matrimonial según la ley Colombiana en la fecha de la muerte, presupuesto que se cumple en el caso y el que no deduce la circunstancia no controvertida que los consortes mencionados hayan decidido el mutuo acuerdo, disolver y liquidar la sociedad de bienes constituida por el matrimonio, pese a que este vínculo desapareció únicamente por muerte real o presunción de uno de los contrayentes por sentencia de nulidad de divorcio y por tal razón la sala encuentra jurídicamente acertada la tesis y la censura en la cual la sola circunstancia de haberse disuelto y liquidado la

sociedad, es suficiente para que se resignen su derecho a la transferencia pensional que le reconoce la ley y para que dicha prestación quede radicada en cabeza de la compañera permanente condición jurídica que se adjudica la accionante; ahora una sentencia más reciente SL 14414 del 2020, la Corte dice en la parte pertinente: confluente de lo expuesto que la conyugue aquí reclamante tiene derecho al reconocimiento de la pensión de sobreviviente por el vínculo matrimonial que mantuvo con el afiliado hasta la muerte, permaneció a través del tiempo, con independencia que se haya presentado entre los consortes la separación hecha con 3 años de antelación al fallecimiento del afiliado, así se hubiera disuelto la sociedad conyugal; de tal modo se precisa que el cónyuge con unión conyugal vigente, aunque se encuentre separado de hecho, si acredita que ha convivido 5 años con el afiliado pensional en cualquier tiempo, tiene derecho a la pensión de sobrevivientes con la sociedad conyugal que cuestiona el cancionista solo alude a temas patrimoniales, los cuales no tienen incidencia frente a la permanencia en la unión matrimonial, por tanto, aunque se presentara la disolución de dicha sociedad que no es el tema del presente caso, si permanece el vínculo matrimonial hasta el deceso del afiliado.

En el presente asunto vemos que no se cumple ninguno de los dos presupuestos que allí establecen. no se cumple el presupuesto que establece la Corte Constitucional, pues la Corte analiza frente a un presupuesto fáctico diferente al que aquí nos ocupa, es que haya cesado la convivencia entre los cónyuges, haya habido una separación de hecho, ese no es el asunto que aquí nos ocupa y en este asunto; pues la señora demandante, como ya lo analizamos, demostró la convivencia con el señor demandante hasta el momento de la muerte, no hubo separación de hecho, como es el caso que analiza la Corte en la sentencia C 515 del 2019; incluso allí hace referencia a una situación muy similar, como la que acá nos ocupa en el numeral 75 de esta sentencia dice la Corte: “finalmente, advierte la sala que la demanda se apoyó en consideraciones de la Sala Laboral de la CSJ Justicia; en esta ocasión, el Alto Tribunal, concedió pensión de sobreviviente a un cónyuge supérstite que no mantenía convivencia con el causante y además tiene disuelta la sociedad conyugal, frente a esto es necesario aclarar que si bien el Alto Tribunal, interpretó el último inciso, del literal B del artículo 3 de la Ley 797 en el sentido de dar prevalencia efectos personales sobre los patrimoniales, también lo es que la adición se enmarca sobre la existencia de un elemento determinante, resalta la manifestación expresa del causante dejar como beneficiaria de su pensión a la cónyuge, prueba que a juicio de la sala laboral, demostró que los cónyuges mantuvieron la obligación de socorro y ayuda mutua a pesar de la disolución de la sociedad conyugal.

En conclusión, la señora demandante al haber mantenido el vínculo matrimonial, no obstante, la disolución de la sociedad conyugal, como ya se dijo, y dijeron que los testigos también por un tema eminentemente patrimonial de riesgo de perder su apartamento en el cual vivía por deudas o situaciones económicas de su cónyuge, consideraron procedente de común acuerdo y en el tema patrimonial única y exclusivamente hacer esa disolución de la sociedad conyugal, pero mantuvieron su convivencia hasta el momento que se efectuó la muerte con el señor demandante, entonces en este caso, se casa el presupuesto de que la persona acreditó su condición de cónyuge, no se ha divorciado, convivió con el causante hasta el momento de su muerte, no hubo separación de hecho y por ende, entonces acreditan los presupuestos establecidos legal y jurisprudencialmente para tener derecho a la pensión; así las cosas, se condenarán al Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles nacionales al reconocimiento y pago a favor de la señora demandante de la pensión de sobrevivientes que venía disfrutando su cónyuge, a partir del año 2017 en un valor que se venía pagando para ese momento \$1'480.771 el cual se le debe hacer año a año y hasta la fecha de inclusión en nómina, los incrementos que ha establecido el Gobierno nacional año a año.

Reclamaba la parte actora lo correspondiente al reconocimiento de retroactivo debidamente con los intereses moratorios, sin embargo, como lo lei en la Ley 1204 el 2008, cuando hay discusión en el derecho, en este caso hay discusión entre la señora Margarita y una persona que aparecía como beneficiaria del sistema de salud en una época, del señor Demandante, pues estaba en discusión el derecho, es decir, que no hay ninguna negligencia, omisión, mala fe, actuación irregular del fondo de pasivo pues la ley ordena así también lo reitera el artículo 34 del acuerdo 049 de 1990, que debe dejar en suspenso el reconocimiento del derecho hasta que el juez decida, o sea, que no hay ninguna situación irregular, ni una mora ni nada por parte del fondo pasivo, pues simplemente acató la ley, dejó en suspenso el pago para evitar un detrimento patrimonial, así las cosas frente a estos intereses moratorios reclamados por la parte actora se negarán; sin embargo, como lo solicitó el señor apoderado ya en los alegatos de conclusión, la moneda colombiana sufre de un proceso constante de devaluación, en aras de resarcir en parte este fenómeno económico devaluativo, se ordenará que las mesadas pensionales que se le han venido causando a favor de la señora Margarita desde el 12 de abril del 2017 se paguen debidamente indexadas o actualizadas desde la fecha de causación de cada una en forma anual y hasta el momento efectivo del pago por el fondo de pasivo.

Respecto a la integrada como Litis, la señora Francy Elena Pérez, conforme lo ha indicado la jurisprudencia, la honorable Corte Suprema de Justicia considerando la situación de contumacia, la señora demandante que no compareció al presente proceso a hacer valer su posible derecho al reconocimiento de la prestación pensional, dada la situación de controversia que se presentó y como quiera que ha dicho la Corte, se trata de una intervención, pues el hecho de intervenir o no en el proceso no determina que se pierda el derecho al reconocimiento del mismo, que es vitalicia entonces se absolverá a la demandada de cualquier pretensión a favor de la señora Francy, sin embargo, entonces atendiendo estas perspectivas, la garantía del derecho al debido proceso y la posibilidad que tiene la señora Francy Elena Pérez Ruiz y la orfandad probatoria que se presenta en el presente asunto, determinar que la presente decisión frente a ella no tiene los efectos de cosa juzgada y queda en libertad si en alguna ocasión así lo considera procedente la señora Francy en demandar en otro proceso el reconocimiento de su prestación pensional en forma total o parcial, pero por ahora, entonces, como lo acredito, la señora Margarita, se reconocerán el 100%, pues la señora Francy, no compareció en el proceso a acreditar probatoriamente su posible derecho.

Propuso la parte demandada, la excepción de prescripción, sin embargo, debemos indicar simplemente que el causante falleció en el año 2017, la reclamación administrativa se presentó en el año 2018 y la demanda se presentó en el año 2018, entonces de acuerdo con el artículo 151 del CPTSS 488 y 489 del CST, entre la fecha de causación de la prestación pensional con el deceso del señor demandante y la reclamación, no operó fenómeno de la prescripción respecto a ninguna de las mesadas pensionales causadas a favor de la señora demandante.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión indicó la entidad demandada:

Presento oposición frente a la condena en costas al Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales de Colombia por cuanto se indicó en la contestación de la demanda y en los alegatos de audiencia, el tiempo que transcurra entre la solicitud de reconocimiento de sustitución pensional y el posterior reconocimiento en instancia judicial, no es atribuible como al fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles, por cuanto cuando en sede administrativa no queda claro ni se ha esclarecido, quiénes tienen lugar al reconocimiento de la sustitución pensional se hace necesario que esta situación sea redimida por los jueces de la República, como el presente caso está trayendo ante usted como Juez Laboral de Circuito.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación planteado y el grado jurisdiccional de consulta que se surte a favor de la parte demandada se determinará si hay lugar a condenarla al reconocimiento y pago de pensión de sobreviviente deprecado favor de la reclamante.

No fue objeto de reparo la fecha de defunción del señor Jairo Martínez Martínez, que como quedó determinado en instancia, corresponde al 12 de abril de 2017, como tampoco se discutió la calidad de beneficiario de este de prestación pensional de jubilación, concedida mediante resolución 1030 de 1983, como da cuenta a su vez el acto administrativo resolución 1153 de 2018, mediante la cual la demandada, negó la sustitución pensional reclamada por la aquí demandante; a su turno, quedó suficientemente demostrado en el trámite procesal, el vínculo matrimonial entre la demandante y el causante y la liquidación de la sociedad conyugal por escritura pública No. 118 de 2017 y que fuera aportada al plenario digital.

Como es bien sabido, la normatividad aplicable a efectos de reconocimiento pensional de sobreviviente, es la vigente a la fecha de fallecimiento del causante, esto es la Ley 797 de 2003, normatividad que exige en su artículo 13, un tiempo de convivencia de la cónyuge o compañera permanente de 5 años previo al fallecimiento del causante, señala la norma en cita:

ARTÍCULO 13. Los artículos 47 y 74 quedarán así: <Expresiones "compañera o compañero permanente" y "compañero o compañera permanente" en letra itálica **CONDICIONALMENTE** *exequibles*>

Artículo 47. Beneficiarios de la Pensión de Sobrevivientes. Son beneficiarios de la pensión de sobrevivientes:

*a) En forma vitalicia, el cónyuge o la compañera o compañero permanente o supérstite, siempre y cuando dicho beneficiario, a la fecha del fallecimiento del causante, tenga 30 o más años de edad. 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;***

La **finalidad de la pensión de sobrevivientes** es beneficiar a las personas más cercanas que realmente compartían con el causante su vida, pues esta pensión sustitutiva busca impedir que quien haya convivido de manera permanente, responsable y efectiva y haya prestado apoyo a su pareja al momento de morir, se vea abocado a soportar aisladamente las cargas materiales y morales que supone su deceso; de este modo, **se trata de amparar una comunidad de vida estable, permanente y definitiva con una persona, en la cual la ayuda mutua y la solidaridad como pareja sean la base de la relación y permitan que se consolide un hogar, excluyendo así una relación fugaz y pasajera.**

La norma antes transcrita, ha sido objeto de estudio por parte de la jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, corporación que ha reiterado entre otras en sentencia SL 1476 de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera que el cónyuge con vínculo matrimonial **vigente**, como es el caso de la señora Margarita, puede acreditar el tiempo de convivencia exigido en dicha disposición legal en **cualquier tiempo**.

Así las cosas y como bien lo concluyó la decisión de primer grado, en el presente se encuentra suficientemente acreditada la convivencia alegada por un espacio muy superior a los 5 años exigidos, la que se mantuvo hasta la fecha de fallecimiento del causante, circunstancia en la que coincidieron todas las testimoniales vertidas en el proceso, quienes a su vez, fueron contestes en señalar que no conocieron de ninguna otra relación sentimental del causante con otra persona y menos con la señora Francy Pérez, respecto de quien

indicaron no conocerla y dicho sea de paso, esta última, no acudió al trámite procesal, lo que no permitió vislumbrar convivencia simultánea alguna.

De otra parte y al estar demostrada la disolución de la sociedad conyugal existente por cuenta del vínculo matrimonial entre la demandante y el causante, ello no es óbice para desconocer la calidad de beneficiaria de la actora de la prestación reclamada, al quedar igualmente demostrado que el vínculo **matrimonial**, no se extinguió y continuó vigente hasta la fecha de deceso del causante, en la citada sentencia SL 1476 de 2021, igualmente la Corte se pronunció a este respecto, reiterando que lo relevante a efectos de determinar la calidad de beneficiario de la prestación, era la vigencia del vínculo matrimonial:

*Por lo demás, conviene precisar que lo que habilita al cónyuge separado de hecho o de **cuerpos a acceder a la pensión de sobrevivientes es la vigencia o subsistencia del vínculo matrimonial, por manera que, otras figuras del derecho de familia, tales como la separación de bienes o la disolución y liquidación de la sociedad conyugal no son relevantes frente a la adquisición del derecho** (SL5141-2019).
(Negrilla fuera del texto original)*

Conforme lo señalado en precedencia, la liquidación de la sociedad conyugal entre la demandante y el causante, es un aspecto indiferente frente al derecho que tiene la señora Margarita a percibir la pensión que dejara causada su cónyuge, al haber acreditado esta, el requisito de convivencia señalado en la norma en cita.

En cuanto a la condena en costas, se tiene que dicha decisión no será objeto de modificación por cuanto la demandada resultó vencida en el trámite procesal en los términos del numeral 1 del artículo 365 del CGP.

Prescripción

Resulta claro que atendiendo a la fecha de fallecimiento del señor Jairo, 12 de abril de 2017 y la fecha de radicación de la acción, 7 de septiembre de 2018, no operó el fenómeno prescriptivo.

Sin costas en la alzada

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme lo expuesto en la parte motiva del presente pronunciamiento.

SEGUNDO: Sin costas en la alzada.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

(En Comisión de Servicios)
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 04-2021-00501-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: ANA CELINA MÉNDEZ VELÁSQUEZ

DEMANDADO: COLPENSIONES

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la sociedad **TABOR ASESORES LEGALES S.A.S.** representada legalmente por la Dra. **MARÍA CAMILA RIOS OLIVEROS**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.026.275.391 y tarjeta profesional No. 272.749 del C.S de la J como apoderada principal de COLPENSIONES y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. MAYRA ALEJANDRA BOHADA ROJAS, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.093.783.369 tarjeta profesional No 321.634 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Cuarto Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 29 de agosto del 2022.



ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de ambas partes.

ANTECEDENTES

La señora ANA CELINA MÉNDEZ VELÁSQUEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que SE DECLARE que Colpensiones es responsable de reconocer y pagar la pensión de vejez a la demandante a partir de enero del 2014, junto con los intereses moratorios, la indexación de las mesadas adeudadas, lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso. (Ver expediente digital)

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 16 de enero de 1959; que se afilió al ISS el 30 de septiembre de 1987; que cumplió la edad para pensión el 16 de enero del 2014; que el 19 de junio del 2015 solicitó el reconocimiento de una pensión de vejez, la cual le fue negada mediante la Resolución N° 225295 del 27 de julio del 2015; decisión que fue confirmada por Colpensiones al resolver el recurso de apelación interpuesto; que la demandante laboró con la Sociedad DEPORTIVOS ESLIT LTDA desde el 01 de junio de 1987; que en la historia laboral de COLPENSIONES en la casilla que corresponde a NOVEDADES se puede observar que la trabajadora estuvo vinculada hasta el 31 de diciembre de 1998 con la empresa DEPORTIVOS ESLIT LTDA.; que la Superintendencia de sociedades decretó la apertura de la liquidación de la sociedad DEPORTIVOS ESLIT LTDA, mediante Resolución No. 2001-01- 060957 del 03 de septiembre de 2001, inscrito el 26 de septiembre de 2001 Bajo el No. 2160 del libro VI; que por auto No. 2004-01-184498 del 23 de diciembre de 2004, de la Superintendencia de Sociedades, se declaró terminado el proceso concursal liquidatorio de la Sociedad



DEPORTIVOS ESLIT LTDA; que dentro de los cálculos efectuados por COLPENSIONES no tuvo en cuentas las semanas dejadas de pagar oportunamente por el empleador DEPORTIVOS ESLIT LTDA, pero que fueron canceladas como se puede observar en la casilla correspondiente a REFERENCIA DE PAGO; que a la entrada en vigencia de la ley 100 de 1993, es decir al 1 de abril de 1994 la señora ANA CELINA MENDEZ VELASQUEZ, contaba con 35 años de edad; que conforme lo consagrado en el Acto Legislativo 01 de 2005, la señora ANA CELINA MENDEZ VELASQUEZ tenía 20 años antes de cumplir la edad (16 enero de 2014 – 16 enero de 1994) ; que conforme lo señala en el Acto Legislativo 01 de 2005 entre julio de 2005 hacia atrás (25 julio 2005 al 30 de septiembre de 1987) contaba con 767.04 semanas cotizadas; que la demandante cuándo cumplió los 55 años de edad (16 de enero de 2014) contaba con 1247 semanas; que en toda su vida laboral cotizó un total de 1326.22 semanas.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 10, 16 y 17; manifestó no constarle el 8, 9, 11, 14 y 15 y, negó los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia de la obligación por parte de Colpensiones, buena fe, prescripción, imposibilidad de condena en costas, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, no configuración del derecho al pago del IPC, ni de indexación o reajuste alguno y la innominada o genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:



“PRIMERO: ABSOLVER a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra.

SEGUNDO: En caso de no ser apelada esta decisión, envíese al Tribunal Superior De Bogotá- Sala Laboral en el grado jurisdiccional de consulta.

TERCERO: Sin costas.”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que la demandante es beneficiaria del régimen de transición pues a la entrada en vigencia de la Ley 100 de 1993 -01 de abril de 1994- contaba con 35 años de edad. Que teniendo en cuenta que a la entrada en vigencia del AL 01 del 2005 sólo contaba con 708 semanas es claro que sólo conservó el régimen de transición hasta el 31 de julio del 2010. Que para esa fecha no cumplió con los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 por lo que no tiene derecho a la pensión de vejez reclamada. Que no pueden habilitarse los períodos en mora por el empleador DEPORTIVOS ESLIT LTDA pues no existe certeza de la existencia de una relación laboral en los períodos en mora.

RECURSOS DE APELACIÓN

La **demandante** interpuso recurso de apelación argumentando que en los hechos de la demanda se logra establecer que un empleado irresponsable dejó de pagar los aportes de la demandante. Que la jurisprudencia dice que no se puede hacer más gravosa la situación de una persona que teniendo el derecho a reclamar su pensión de vejez se le imponga la carga de la prueba para demostrar que efectivamente sí laboró; que si se observa la historia laboral se evidencia el vínculo que tuvo la demandante con la empresa Deportivos ESLIT Ltda quien únicamente generó una novedad que es la de retiro. Que si nos damos cuenta durante todo el tiempo laborado jamás existió esa novedad de retiro sólo hasta cuando ese vínculo se terminó en el año 1998 en el mes de diciembre. Que se aportó auto de la Superintendencia de Sociedades del 23 de diciembre del 2004 en donde se declaró terminado el proceso concursal liquidatorio del empleador; época para la cual debió



haberse hecho presente Colpensiones por los periodos en mora; que cuando no hay novedad de retiro se presume que el actor se encuentra laborando y que el empleador de manera irresponsable ha dejado de cancelar. Que Colpensiones debió hacerse presente en el trámite concursal. Que no puede premiarse a Colpensiones cuando dejó de hacer el cobro al empleador. Que al no existir novedad de retiro se debe dar por cierto los hechos de la demanda. Que la carga de la prueba no corresponde a la demandante pues era Colpensiones quien debía hacer el cobro a través de los procesos de jurisdicción coactiva. Que posterior al año 1997 y 1998 se vuelven a presentar inconsistencias, pero con la salvedad que hay una desafiliación al sistema, por lo que Colpensiones debió haber mirado los archivos y revisar si es que la novedad de retiro tuvo algún efecto retroactivo, pero no lo hizo, por lo que al haber guardado silencio Colpensiones y al no haber realizado los cobros de esos periodos no se puede endilgar la responsabilidad al actor. Que no se puede presumir por el Juez que la demandante no se encontraba laborando, pues se aportaron además la mayoría de las tarjetas de afiliación de la demandante. Que en la historia laboral se evidencian periodos efectivamente cotizados por el empleador. Que no puede pretender que la demandante vaya y busque al empleador y recupere las semanas cuando era obligación de Colpensiones. Que al sumar las semanas de cotización que le hacen falta de aportes en mora la demandante tiene derecho al reconocimiento de la pensión. Que en cuanto al del 2007 se debe revisar porque aparece el pago incompleto.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, se debe verificar si es procedente habilitar las semanas solicitadas en la demanda; si la demandante es beneficiaria del régimen de transición y, si cumple con los requisitos establecidos en el Acuerdo 049 de 1990.



La documental que obra a folio 12 del archivo 01DemandayAnexos, contentiva de copia de documento de identificación de la actora, da cuenta de que **nació el 16 de enero de 1959, por lo que contaba al 1º de abril de 1994 con más de 35 años de edad**, siendo en principio, beneficiaria del régimen de transición pensional según el artículo 36 de la ley 100 de 1993, por lo que a la actora le es aplicable el artículo 12 del Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990.

Normatividad que exige como requisitos para adquirir una pensión en lo que respecta a las mujeres acreditar 55 o más años de edad y un mínimo de 500 semanas de cotización pagadas durante los últimos 20 años anteriores al cumplimiento de la edad mínima, o haber acreditado un número de 1000 semanas de cotización, sufragadas en cualquier tiempo. Semanas que conforme lo tiene sentado la H. Corte Suprema de Justicia entre otras en la sentencia SL 2557-2020 pueden proceder de la sumatoria de tiempos de servicios en los sectores público y privado, con o sin cotización al Instituto de Seguros Sociales.

En este caso, la parte demandante reprocha la falta de contabilización en su historia laboral de unos periodos en mora por parte de su empleador “DEPORTIVOS ESLIT LTDA” los cuales no fueron habilitados por el fallador de primera instancia.

Frente a la diligencia y cuidado de las administradoras del Sistema General de Pensiones, en cuanto a las acciones de cobro de aportes en mora la Sala de Casación Laboral de la CSJ ha enseñado entre otras en la sentencia SL 2163-2022 lo siguiente:

“A efectos de absolver el problema jurídico planteado, conviene reiterar lo dicho por la Sala de Casación Laboral sobre la obligación de las entidades administradoras de cobrar los aportes en mora. En este punto el precedente ha sido muy claro en señalar que existe dicha obligación por cuanto son entidades que administran los recursos pensionales de sus afiliados, esto conforme a la habilitación dada constitucionalmente al gobierno de delegar la prestación del servicio público de la seguridad social en entidades



tanto públicas como privadas (CSJ SL 5665-2021).

Y, de conformidad con el artículo 4 del Decreto 656 de 1994 por ser prestadoras de un servicio público esencial, las entidades tienen una diligencia superior a la de cualquier otra actividad, de manera que, el regulador determinó que debían desarrollar sus funciones de manera eficiente, eficaz y oportuna, y su responsabilidad, ante su inobservancia, los hace responsables de los perjuicios que se le puedan causar a sus afiliados. Y no puede trasladar las consecuencias al trabajador (CSJ SL 51513-2020 y SL 5665-2020).

Vistas así las cosas la conclusión es que «no es dable trasladar al trabajador las consecuencias del no pago del aporte por parte de su empleador, así como que la administradora tiene el deber de adelantar las acciones de cobro correspondientes a efectos de persuadir al aportante incumplido de honrar su obligación. Sin embargo, en aquellos eventos en que la administradora no demuestre haber adelantado, o no adelante en debida forma u oportunamente las acciones de cobro frente a los aportes tardíos, será la directa obligada al reconocimiento de la prestación por su inacción» (CSJ SL 5665-2021)».

Adicionalmente, la Corte en la sentencia SL 1116-2022 dijo:

“Se advierte frente al tema planteado que la Sala ha adoctrinado que para contabilizar períodos registrados en mora en la historia laboral, en caso de duda frente a la duración de la relación de trabajo, es necesario acreditar la existencia del vínculo laboral durante el interregno que se pretende convalidar, dado que para los trabajadores dependientes afiliados al sistema de pensiones las cotizaciones se causan o se generan con la efectiva prestación del servicio, ello con independencia que se presente mora del empleador en el pago de las mismas.”

En el caso bajo examine, se observa en la historia laboral expedida por COLPENSIONES el 12 de septiembre del 2018¹ que la señora Ana Celina

¹ Ver expediente administrativo aportado por Colpensiones

Méndez Velásquez fue afiliada por su empleador “DEPORTIVOS ESLIT LTDA” desde el 30 de septiembre de 1987 hasta el 30 de diciembre de 1998 ciclo para el cual el empleador pasó la novedad de retiro; así mismo, aparece en los ciclos de abril de 1997, junio de 1997, noviembre de 1997 a marzo de 1998 y, mayo a diciembre de 1998 la observación “Pago aplicado al período declarado” y, que el empleador realizó el pago de manera extemporánea el 02 de febrero del 2004 y la referencia de pago; sin embargo, Colpensiones no contabiliza las semanas reportadas y pagadas por el empleador por hacer falta el pago de intereses, frente a los cuales tal y como lo señaló el apoderado de la parte demandante, no existe prueba de que Colpensiones haya realizado el respectivo cobro al empleador y al no existir duda frente a la duración de la relación de trabajo como quiera que el empleador pasó la novedad de retiro para el ciclo de diciembre de 1998 y realizó el pago de los ciclos no contabilizados por Colpensiones haciendo falta únicamente el pago de unos intereses moratorios, como lo señala Colpensiones en su historia laboral, es claro que contrario a lo señalado por el fallador de primera instancia, se deben habilitar estas semanas las cuales equivalen a **64.28 semanas**, pues no puede verse afectado el trabajador.

860516678	DEPORTIVOS ESLIT LTDA	NO	199704	02/02/2004	19002904003875	\$ 196.000	\$ 0	-\$ 26.500		30	0	Pago aplicado al periodo declarado
860516678	DEPORTIVOS ESLIT LTDA	NO	199705	12/06/1997	51008601019740	\$ 196.000	\$ 27.400	\$ 0		30	30	Pago aplicado al periodo declarado
860516678	DEPORTIVOS ESLIT LTDA	NO	199706	02/02/2004	19002904003876	\$ 196.000	\$ 0	-\$ 26.500		30	0	Pago aplicado al periodo declarado
860516678	DEPORTIVOS ESLIT LTDA	NO	199707	20/08/1997	51008602000024	\$ 196.000	\$ 27.200	\$ 0		30	30	Pago aplicado al periodo declarado
860516678	DEPORTIVOS ESLIT LTDA	NO	199708	11/09/1997	51008602000551	\$ 196.000	\$ 26.400	\$ 0		30	30	Pago aplicado al periodo declarado
860516678	DEPORTIVOS ESLIT LTDA	NO	199709	10/10/1997	51008602001044	\$ 196.000	\$ 26.500	\$ 0		30	30	Pago aplicado al periodo declarado
860516678	DEPORTIVO ESLIT LTDA	NO	199710	20/11/1997	51008602001646	\$ 196.000	\$ 26.800	\$ 0		30	30	Pago aplicado al periodo declarado
860516678	DEPORTIVOS ESLIT LTDA	NO	199711	02/02/2004	19002904003877	\$ 196.000	\$ 0	-\$ 26.500		30	0	Pago aplicado al periodo declarado
860516678	DEPORTIVOS ESLIT LTDA	NO	199712	02/02/2004	19002904003878	\$ 196.000	\$ 0	-\$ 26.500		30	0	Pago aplicado al periodo declarado
860516678	DEPORTIVOS ESLIT LTDA	NO	199801	02/02/2004	19002904003879	\$ 203.800	\$ 0	-\$ 27.500		30	0	Pago aplicado al periodo declarado
860516678	DEPORTIVOS ESLIT LTDA	SI	199802	02/02/2004	19002904003880	\$ 232.300	\$ 0	-\$ 31.300		30	0	Pago aplicado al periodo declarado
860516678	DEPORTIVOS ESLIT LTDA	SI	199803	02/02/2004	19002904003881	\$ 232.300	\$ 0	-\$ 31.300		30	0	Pago aplicado al periodo declarado
860516678	DEPORTIVOS ESLIT LTDA	SI	199804	15/05/1998	51006002010947	\$ 232.260	\$ 31.300	\$ 0		30	30	Pago aplicado al periodo declarado
860516678	DEPORTIVOS ESLIT LTDA	SI	199805	02/02/2004	19002904003882	\$ 232.300	\$ 0	-\$ 31.300		30	0	Pago aplicado al periodo declarado
860516678	DEPORTIVOS ESLIT LTDA	SI	199806	02/02/2004	19002903004067	\$ 232.300	\$ 0	-\$ 31.300		30	0	Pago aplicado al periodo declarado
860516678	DEPORTIVOS ESLIT LTDA	SI	199807	02/02/2004	19002903004068	\$ 232.300	\$ 0	-\$ 31.300		30	0	Pago aplicado al periodo declarado
860516678	DEPORTIVOS ESLIT LTDA	SI	199808	02/02/2004	19002903004069	\$ 232.300	\$ 0	-\$ 31.300		30	0	Pago aplicado al periodo declarado
860516678	DEPORTIVOS ESLIT LTDA	SI	199809	02/02/2004	19002903004070	\$ 232.300	\$ 0	-\$ 31.300		30	0	Pago aplicado al periodo declarado
860516678	DEPORTIVOS ESLIT LTDA	SI	199810	02/02/2004	19002903004071	\$ 232.300	\$ 0	-\$ 31.300		30	0	Pago aplicado al periodo declarado
860516678	DEPORTIVOS ESLIT LTDA	SI	199811	02/02/2004	19002903004072	\$ 232.300	\$ 0	-\$ 31.300		30	0	Pago aplicado al periodo declarado
860516678	DEPORTIVOS ESLIT LTDA	SI	199812	02/02/2004	19002903004073	\$ 232.260	\$ 0	\$ 0	R	30	0	Pago aplicado al periodo declarado

Teniendo en cuenta lo anterior se evidencia, que le asiste razón al demandante al señalar que la actora conservó el régimen de transición hasta

el 31 de diciembre del 2014; pues a la entrada en vigencia del AL 01 del 2005 -25 de julio del 2005- contaba con más de 750 semanas, específicamente 772.01 semanas (707.73 semanas reportadas en la historia laboral + 64.28 semanas habilitadas en esta instancia).

Así mismo, se evidencia que la actora cumple con los requisitos exigidos por el Acuerdo 049 de 1990, como quiera que cumplió los 55 años de edad el 16 de enero del 2014, pues como ya se dijo, nació el mismo día y mes del año 1959 y, al 31 de diciembre del 2014 (fecha hasta la cual conservó el régimen de transición) contaba con **1188.28 semanas**; razón por la cual contrario a lo indicado por el fallador de primera instancia, le asiste el derecho a que Colpensiones le reconozca y pague una pensión de vejez al amparo de esta normatividad.

En cuanto a la fecha de reconocimiento pensional, al haber la demandante efectuado cotizaciones efectivas hasta el periodo de junio del 2015 como independiente, se entiende que para esa fecha tenía la intención de desafiliarse del sistema conforme lo ha indicado la CSJ entre otras en la sentencia SL 1190-2022; por lo que la pensión debe reconocerse a partir del **01 de julio del 2015** en 13 mesadas al año, conforme lo dispuesto en el AL 01 del 2005.

Respecto del monto de la pensión, debe liquidarse teniendo en cuenta las cotizaciones de los últimos 10 años (art. 21 de la Ley 100 de 1993) y aplicando una tasa de reemplazo del 90% conforme lo estipulado en el artículo 20 del Acuerdo 049 de 1990; suma que no puede ser inferior al salario mínimo y deberá reajustarse anualmente. Una vez realizadas las operaciones aritméticas con ayuda del grupo liquidador se evidencia que a la demandante le corresponde una mesada correspondiente a un salario mínimo.

Año 2005							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/05	31/01/05	30	358.000,00	11.933,33	\$ 358.000,0		
01/02/05	28/02/05	30	381.500,00	12.716,67	\$ 381.500,0		



01/03/05	31/03/05	30	381.500,00	12.716,67	\$ 381.500,0		
01/04/05	30/04/05	30	381.500,00	12.716,67	\$ 381.500,0		
01/05/05	31/05/05	30	381.500,00	12.716,67	\$ 381.500,0		
01/06/05	30/06/05	30	381.500,00	12.716,67	\$ 381.500,0		
01/07/05	31/07/05	30	381.500,00	12.716,67	\$ 381.500,0		
01/08/05	31/08/05	30	381.500,00	12.716,67	\$ 381.500,0		
01/09/05	30/09/05	30	381.500,00	12.716,67	\$ 381.500,0		
01/10/05	31/10/05	30	381.500,00	12.716,67	\$ 381.500,0		
01/11/05	30/11/05	30	381.500,00	12.716,67	\$ 381.500,0		
01/12/05	31/12/05	30	381.500,00	12.716,67	\$ 381.500,0		
Total días		360			\$ 4.554.500,0	\$ 12.651,39	\$ 379.541,67
Año 2006							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/06	31/01/06	30	381.500,00	12.716,67	\$ 381.500,0		
01/02/06	28/02/06	30	408.000,00	13.600,00	\$ 408.000,0		
01/03/06	31/03/06	30	408.000,00	13.600,00	\$ 408.000,0		
01/04/06	30/04/06	30	408.000,00	13.600,00	\$ 408.000,0		
01/05/06	31/05/06	30	408.000,00	13.600,00	\$ 408.000,0		
01/06/06	30/06/06	30	408.000,00	13.600,00	\$ 408.000,0		
01/07/06	31/07/06	30	408.000,00	13.600,00	\$ 408.000,0		
01/08/06	31/08/06	30	408.000,00	13.600,00	\$ 408.000,0		
01/09/06	30/09/06	30	408.000,00	13.600,00	\$ 408.000,0		
01/10/06	31/10/06	30	408.000,00	13.600,00	\$ 408.000,0		
01/11/06	30/11/06	30	408.000,00	13.600,00	\$ 408.000,0		
01/12/06	31/12/06	30	408.000,00	13.600,00	\$ 408.000,0		
Total días		360			\$ 4.869.500,0	\$ 13.526,39	\$ 405.791,67
Año 2007							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/07	31/01/07	30	408.000,00	13.600,00	\$ 408.000,0		
01/02/07	28/02/07	30	433.700,00	14.456,67	\$ 433.700,0		
01/03/07	31/03/07	30	433.700,00	14.456,67	\$ 433.700,0		
01/04/07	30/04/07	30	433.700,00	14.456,67	\$ 433.700,0		
01/06/07	30/06/07	30	433.700,00	14.456,67	\$ 433.700,0		
01/07/07	31/07/07	30	433.700,00	14.456,67	\$ 433.700,0		
01/08/07	30/08/07	30	433.700,00	14.456,67	\$ 433.700,0		
01/09/07	30/09/07	30	433.700,00	14.456,67	\$ 433.700,0		
01/10/07	31/10/07	30	433.700,00	14.456,67	\$ 433.700,0		
01/11/07	30/11/07	30	433.700,00	14.456,67	\$ 433.700,0		
01/12/07	31/12/07	30	433.700,00	14.456,67	\$ 433.700,0		
Total días		330			\$ 4.745.000,0	\$ 14.378,79	\$ 431.363,64
Año 2008							



Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/08	31/01/08	30	433.700,00	14.456,67	\$ 433.700,0		
01/02/08	29/02/08	30	461.500,00	15.383,33	\$ 461.500,0		
01/03/08	31/03/08	30	461.500,00	15.383,33	\$ 461.500,0		
01/04/08	30/04/08	30	461.500,00	15.383,33	\$ 461.500,0		
01/05/08	31/05/08	30	461.500,00	15.383,33	\$ 461.500,0		
01/06/08	30/06/08	30	461.500,00	15.383,33	\$ 461.500,0		
01/07/08	31/07/08	30	461.500,00	15.383,33	\$ 461.500,0		
01/08/08	31/08/08	30	461.500,00	15.383,33	\$ 461.500,0		
01/09/08	30/09/08	30	461.500,00	15.383,33	\$ 461.500,0		
01/10/08	31/10/08	30	461.500,00	15.383,33	\$ 461.500,0		
01/11/08	30/11/08	30	461.500,00	15.383,33	\$ 461.500,0		
01/12/08	31/12/08	30	461.500,00	15.383,33	\$ 461.500,0		
Total días		360			\$ 5.510.200,0	\$ 15.306,11	\$ 459.183,33
Año 2009							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/09	31/01/09	30	461.500,00	15.383,33	\$ 461.500,0		
01/02/09	28/02/09	30	496.900,00	16.563,33	\$ 496.900,0		
01/03/09	31/03/09	30	496.900,00	16.563,33	\$ 496.900,0		
01/04/09	30/04/09	30	496.900,00	16.563,33	\$ 496.900,0		
01/05/09	31/05/09	30	496.900,00	16.563,33	\$ 496.900,0		
01/06/09	30/06/09	30	496.900,00	16.563,33	\$ 496.900,0		
01/07/09	31/07/09	30	496.900,00	16.563,33	\$ 496.900,0		
01/08/09	31/08/09	30	496.900,00	16.563,33	\$ 496.900,0		
01/09/09	30/09/09	30	496.900,00	16.563,33	\$ 496.900,0		
01/10/09	31/10/09	30	496.900,00	16.563,33	\$ 496.900,0		
01/11/09	30/11/09	30	496.900,00	16.563,33	\$ 496.900,0		
01/12/09	31/12/09	30	496.900,00	16.563,33	\$ 496.900,0		
Total días		360			\$ 5.927.400,0	\$ 16.465,00	\$ 493.950,00
Año 2010							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/10	31/01/10	30	496.900,00	16.563,33	\$ 496.900,0		
01/02/10	28/02/10	30	515.000,00	17.166,67	\$ 515.000,0		
01/03/10	31/03/10	30	515.000,00	17.166,67	\$ 515.000,0		
01/04/10	30/04/10	30	515.000,00	17.166,67	\$ 515.000,0		
01/05/10	31/05/10	30	515.000,00	17.166,67	\$ 515.000,0		
01/06/10	30/06/10	30	515.000,00	17.166,67	\$ 515.000,0		
01/07/10	31/07/10	30	515.000,00	17.166,67	\$ 515.000,0		
01/08/10	31/08/10	30	515.000,00	17.166,67	\$ 515.000,0		
01/09/10	30/09/10	30	515.000,00	17.166,67	\$ 515.000,0		

01/10/10	31/10/10	30	515.000,00	17.166,67	\$ 515.000,0		
01/11/10	30/11/10	30	515.000,00	17.166,67	\$ 515.000,0		
01/12/10	31/12/10	30	515.000,00	17.166,67	\$ 515.000,0		
Total días		360			\$ 6.161.900,0	\$ 17.116,39	\$ 513.491,67
Año 2011							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/11	31/01/11	30	515.000,00	17.166,67	\$ 515.000,0		
01/02/11	28/02/11	30	535.600,00	17.853,33	\$ 535.600,0		
01/03/11	31/03/11	30	535.600,00	17.853,33	\$ 535.600,0		
01/04/11	30/04/11	30	535.600,00	17.853,33	\$ 535.600,0		
01/05/11	31/05/11	30	535.600,00	17.853,33	\$ 535.600,0		
01/06/11	30/06/11	30	535.600,00	17.853,33	\$ 535.600,0		
01/07/11	31/07/11	30	535.600,00	17.853,33	\$ 535.600,0		
01/08/11	31/08/11	30	535.600,00	17.853,33	\$ 535.600,0		
01/09/11	30/09/11	30	535.600,00	17.853,33	\$ 535.600,0		
01/10/11	31/10/11	30	535.600,00	17.853,33	\$ 535.600,0		
01/11/11	30/11/11	30	535.600,00	17.853,33	\$ 535.600,0		
01/12/11	31/12/11	30	535.600,00	17.853,33	\$ 535.600,0		
Total días		360			\$ 6.406.600,0	\$ 17.796,11	\$ 533.883,33
Año 2012							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/12	31/01/12	30	535.600,00	17.853,33	\$ 535.600,0		
01/02/12	29/02/12	30	566.700,00	18.890,00	\$ 566.700,0		
01/03/12	31/03/12	30	566.700,00	18.890,00	\$ 566.700,0		
01/04/12	30/04/12	30	566.700,00	18.890,00	\$ 566.700,0		
01/05/12	31/05/12	30	566.700,00	18.890,00	\$ 566.700,0		
01/06/12	30/06/12	30	566.700,00	18.890,00	\$ 566.700,0		
01/07/12	31/07/12	30	566.700,00	18.890,00	\$ 566.700,0		
01/08/12	31/08/12	30	566.700,00	18.890,00	\$ 566.700,0		
01/09/12	30/09/12	30	566.700,00	18.890,00	\$ 566.700,0		
01/10/12	31/10/12	30	566.700,00	18.890,00	\$ 566.700,0		
01/11/12	30/11/12	30	566.700,00	18.890,00	\$ 566.700,0		
01/12/12	31/12/12	30	566.700,00	18.890,00	\$ 566.700,0		
Total días		360			\$ 6.769.300,0	\$ 18.803,61	\$ 564.108,33
Año 2013							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/13	31/01/13	30	566.700,00	18.890,00	\$ 566.700,0		
01/02/13	28/02/13	30	589.500,00	19.650,00	\$ 589.500,0		
01/03/13	31/03/13	30	589.500,00	19.650,00	\$ 589.500,0		
01/04/13	30/04/13	30	589.500,00	19.650,00	\$ 589.500,0		

01/05/13	31/05/13	30	589.500,00	19.650,00	\$ 589.500,0		
01/06/13	30/06/13	30	589.500,00	19.650,00	\$ 589.500,0		
01/07/13	31/07/13	30	589.500,00	19.650,00	\$ 589.500,0		
01/08/13	31/08/13	30	589.500,00	19.650,00	\$ 589.500,0		
01/09/13	30/09/13	30	589.500,00	19.650,00	\$ 589.500,0		
01/10/13	31/10/13	30	589.500,00	19.650,00	\$ 589.500,0		
01/11/13	30/11/13	30	589.500,00	19.650,00	\$ 589.500,0		
01/12/13	31/12/13	30	589.500,00	19.650,00	\$ 589.500,0		
Total días		360			\$ 7.051.200,0	\$ 19.586,67	\$ 587.600,00
Año 2014							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/14	31/01/14	30	589.500,00	19.650,00	\$ 589.500,0		
01/02/14	28/02/14	30	616.000,00	20.533,33	\$ 616.000,0		
01/03/14	31/03/14	30	616.000,00	20.533,33	\$ 616.000,0		
01/04/14	30/04/14	30	616.000,00	20.533,33	\$ 616.000,0		
01/05/14	31/05/14	30	616.000,00	20.533,33	\$ 616.000,0		
01/06/14	30/06/14	30	616.000,00	20.533,33	\$ 616.000,0		
01/07/14	31/07/14	30	616.000,00	20.533,33	\$ 616.000,0		
01/08/14	31/08/14	30	616.000,00	20.533,33	\$ 616.000,0		
01/09/14	30/09/14	30	616.000,00	20.533,33	\$ 616.000,0		
01/10/14	31/10/14	30	616.000,00	20.533,33	\$ 616.000,0		
01/11/14	30/11/14	30	616.000,00	20.533,33	\$ 616.000,0		
01/12/14	31/12/14	30	616.000,00	20.533,33	\$ 616.000,0		
Total días		360			\$ 7.365.500,0	\$ 20.459,72	\$ 613.791,67
Año 2015							
Fecha Inicial	Fecha Final	Número días	Salario mensual	Salario diario	Salario anual	Salario promedio diario	Salario promedio mensual
01/01/15	31/01/15	30	616.000,00	20.533,33	\$ 616.000,0		
01/02/15	28/02/15	30	644.350,00	21.478,33	\$ 644.350,0		
01/03/15	31/03/15	30	644.350,00	21.478,33	\$ 644.350,0		
01/04/15	30/04/15	30	644.350,00	21.478,33	\$ 644.350,0		
01/05/15	31/05/15	30	644.350,00	21.478,33	\$ 644.350,0		
01/06/15	30/06/15	30	644.350,00	21.478,33	\$ 644.350,0		
Total días		180			\$ 3.837.750,0	\$ 21.320,83	\$ 639.625,00

Cálculo Últimos Diez Años de Vida Laboral							
AÑO	Nº. Días	IPC inicial	IPC final	Factor de indexación	Sueldo promedio mensual	Salario actualizado	Salario anual
2005	210	55,990	82,47	1,473	\$ 381.500,00	\$ 561.927,22	\$ 3.933.490,53
2006	360	58,700	82,47	1,405	\$ 405.791,67	\$ 570.113,10	\$ 6.841.357,16



2007	330	61,330	82,47	1,345	\$ 431.363,64	\$ 580.051,51	\$ 6.380.566,61
2008	360	64,820	82,47	1,272	\$ 459.183,33	\$ 584.215,51	\$ 7.010.586,15
2009	360	69,800	82,47	1,182	\$ 493.950,00	\$ 583.611,12	\$ 7.003.333,50
2010	360	71,200	82,47	1,158	\$ 513.491,67	\$ 594.770,47	\$ 7.137.245,69
2011	360	73,450	82,47	1,123	\$ 533.883,33	\$ 599.446,68	\$ 7.193.360,14
2012	360	76,190	82,47	1,082	\$ 564.108,33	\$ 610.605,25	\$ 7.327.263,04
2013	360	78,050	82,47	1,057	\$ 587.600,00	\$ 620.876,00	\$ 7.450.512,03
2014	360	79,560	82,47	1,037	\$ 613.791,67	\$ 636.241,81	\$ 7.634.901,77
2015	180	82,470	82,47	1,000	\$ 639.625,00	\$ 639.625,00	\$ 3.837.750,00
Total días	3600	Total devengado actualizado a:				2015	\$ 71.750.366,60
Total semanas	514,29	Ingreso Base Liquidación				\$ 597.919,72	
Total Años	10,00	Porcentaje aplicado				90%	
		Primera mesada				\$ 538.127,75	
		Salario Mínimo Mensual Legal Vigente Año 2015				\$ 644.350,00	

Excepción de prescripción

Teniendo en cuenta que la pensión se reconoció a partir del **01 de julio de 2015**; que el 19 de junio del 2015 la actora presentó reclamación ante Colpensiones y que radicó la demanda el 22 de octubre del 2021, es claro que con ésta última se interrumpe la prescripción, pues alcanzó a transcurrir el término trienal establecido en el artículo 151 del C. P. del T. y de la S.S., por lo que se debe declarar probada parcialmente la excepción de prescripción en relación con las mesadas causadas con anterioridad al **22 de octubre del 2018**.

Intereses Moratorios

Conforme lo establece el artículo 141 de la Ley 100 de 1993 proceden los intereses moratorios ante la falta de pago de las mesadas pensionales, los cuales proceden sobre las mesadas adeudadas desde su causación hasta la fecha en que se efectúe su pago, teniendo en cuenta que las mesadas causadas con anterioridad al 22 de octubre del 2018 se vieron afectadas por el fenómeno de la prescripción.

Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia quedan a cargo de Colpensiones.



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

R E S U E L V E:

PRIMERO: REVOCAR la sentencia apelada, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, para en su lugar **CONDENAR** a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora ANA CELINA MÉNDEZ VELÁSQUEZ una pensión de vejez conforme los parámetros establecidos en el Acuerdo 049 de 1990 aprobado por el Decreto 758 de 1990^a partir del 01 de julio del 2015 en cuantía de un salario mínimo la cual deberá reajustarse anualmente y pagarse en 13 mesadas al año.

SEGUNDO: CONDENAR a COLPENSIONES a reconocer y pagar a la señora ANA CELINA MÉNDEZ VELÁSQUEZ los intereses moratorios de conformidad con lo establecido en el artículo 141 de la Ley 100 de 1993, los cuales proceden sobre cada una de las mesadas adeudadas desde su causación hasta la fecha en que se efectúe su pago, conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

TERCERO: DECLARAR PROBADA PARCIALMENTE LA EXCEPCIÓN DE PRESCRIPCIÓN en relación con las mesadas pensionales y los intereses moratorios causados con anterioridad al 22 de octubre del 2018 conforme lo expuesto en la parte motiva de este proveído.

CUARTO: Sin costas en esta instancia. Las de primera instancia quedan a cargo de Colpensiones.



Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

(En Comisión de Servicios)
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 35-2021-00544-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: NOHEMY BENAVIDES BARBOSA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

RECONÓZCASE PERSONERÍA al Dr. **ANDRÉS FELIPE CHÁVEZ ALVARADO**, identificado con la cédula de ciudadanía No. 1.075.655.441 y tarjeta profesional No. 232.007 del C.S de la J en su calidad de abogado inscrito de la firma GODOY CORDOBA ABOGADOS S.A.S., como apoderado principal de la ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., para los fines del poder conferido y como su apoderado sustituto se reconoce personería a la Dra. LORENA PAOLA CASTILLO SORIANO, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.032.505.290 y tarjeta profesional No. 404.442 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Dra. **JAHHNIK INGRID WEIMANNS SANCLEMENTA**, identificada con la cédula de ciudadanía No. 66.959.623 y tarjeta profesional No. 121.179 del C.S de la J en su calidad de representante legal de la sociedad TEMPORAL W&WLC UT, como apoderado principal de COLPENSIONES, para los fines del poder conferido y como su apoderada sustituta se reconoce personería a la Dra. LEIDY CAROLINA FUENTES SUÁREZ, identificada con la cédula de ciudadanía No. 1.049.614.551 y tarjeta profesional No. 246.554 del C.S de la J, para los fines del poder de sustitución conferido.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:



SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por COLPENSIONES y del grado de consulta en su favor, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Cinco Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 29 de agosto de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de la parte demandante, Porvenir y Colpensiones.

ANTECEDENTES

La señora NOHEMY BENAVIDES BARBOSA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la la ineficacia del traslado de régimen y de la afiliación con la AFP PORVENIR por cuanto no existió una decisión informada, Autónoma y consciente al no conocer los riesgos del traslado y las consecuencias negativas de aquel; que se declare que el traslado no se dio de manera libre y voluntaria como lo exige el literal b) del artículo 13 de la Ley 100 de 1993. Como consecuencia, se condene a la AFP PORVENIR a enviar a Colpensiones el detalle de traslado de aportes; se condene a Colpensiones a activar la afiliación de la demandante en el RPMPD y aceptar el traslado, junto con lo que resulte probado extra y ultra petita y las costas del proceso.



HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 01 de julio de 1962; que estaba afiliada al ISS hoy Colpensiones desde el 27 de junio de 1984; que posteriormente se afilió a Cajanal; que el 27 de febrero de 1995 se trasladó a la AFP PROVENIR; que al momento del traslado no se le brindó la información adecuada y completa acerca del RAIS y del RPMPD; que a la fecha de la presentación de la demanda contaba con 59 años de edad; que actualmente se

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **COLPENSIONES**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en los numerales 1, 2, 3, 4 y 5 y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó errónea e indebida aplicación del artículo 1604 del Código Civil, descapitalización del sistema pensional, prescripción de la acción laboral, caducidad, inexistencia de causal de nulidad, saneamiento de la nulidad alegada, no procedencia al pago de costas en instituciones administradoras de seguridad social del orden público y la innominada o genérica.

Por su parte, la **AFP PORVENIR**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el 1, 5, 10, 11 y 13; negó el 7, 8 y 9; dijo que el 15 no era un hecho y, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

‘PRIMERO: DECLARAR LA INEFICACIA del traslado efectuado NOHEMY BENAVIDES BARBOSA, al régimen de Ahorro Individual



con Solidaridad con la AFP INVERTIR (HOY PORVENIR S.A.), y como consecuencia de ello, se ordena a la AFP PORVENIR S.A, a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES, todos los aportes, sumas adicionales de aseguramiento, frutos e intereses junto con sus rendimientos.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A a pagar con su propio patrimonio, la disminución en el capital de financiación de la pensión de la demandante por los gastos de administración, conforme al tiempo que este permaneció afiliado en el fondo privado, tal como se advirtió en la parte motiva de esta sentencia.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES a volver a afiliarse a NOHEMY BENAVIDES BARBOSA al régimen de prima media con prestación definida y recibir todos los aportes que ésta hubiese efectuado a la administradora de pensiones y cesantías PORVENIR S.A.

CUARTO: SIN CONDENA EN COSTAS.

QUINTO: En caso no ser apelada la presente decisión se remitirá el proceso al Tribunal Superior de Bogotá, Sala Laboral para que se estudie en grado jurisdiccional de consulta”

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando en síntesis que debe acogerse la línea jurisprudencial de la CSJ; que no se probó que a la demandante se le haya brindado la información necesaria al momento del traslado, por lo que se debe declarar la ineficacia del traslado.

RECURSOS DE APELACIÓN

COLPENSIONES interpuso recurso de apelación señalando que una vez revisada la historia laboral de la demandante no se evidencia ninguna cotización al RPMPD; que su primera afiliación al sistema de pensiones fue a la AFP PORVENIR; que no reporta ninguna afiliación al RPMPD; que al aceptarse el traslado se vería afectada la sostenibilidad financiera de Colpensiones; solicita se autorice el cobro de los perjuicios que se causen con el traslado; que no se condene en costas.

CONSIDERACIONES



A efectos de resolver el recurso planteado y el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora Nohemy Benavides Barbosa, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP INVERTIR hoy PORVENIR en el año 1995 y posteriormente en el año 2005 a la AFP HORIZONTE hoy Porvenir. (ver expediente digital)

Siendo necesario precisar, que no es cierto como lo indica Colpensiones en su apelación, que la afiliación inicial de la demandante al Sistema General de Pensiones haya sido en la AFP INVERTIR hoy Porvenir, pues tal y como lo confiesa Colpensiones al momento de contestar la demanda en donde aceptó el hecho N° 2, la actora estuvo afiliada al RPMPD desde el 27 de junio de 1984, lo cual se corrobora con la Certificación Electrónica de Tiempos Laborados CETIL en donde se evidencia que la demandante estuvo realizando aportes a CAJANAL desde el 27 de junio de 1984.

En este orden, como bien lo indicó la decisión de primer grado la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere



entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así, que en casos como el que aquí se estudia, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces, que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz de la información al afiliado, para que se pueda concluir que en realidad el demandante tenía el deseo de aceptar las condiciones de traslado, evitando así que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, siendo claro que el engaño no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta que a la señora Nohemy Benavides Barbosa, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado en el año 1995; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., al ser la AFP que promovió el traslado de la actora proveniente del RPMPD, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable, razón por la cual, en el presente caso no obra prueba del cumplimiento del deber de información por parte de la AFP Porvenir.

Y es que el deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:



“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado. En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto



es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”. (Negrilla fuera del texto original)

Es así como con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, no es cierto que para la fecha del traslado de la demandante a la administradora del RAIS, a la AFP no le asistiera el deber de brindar a la afiliada la información referente a su traslado en los términos antes señalados, pues como lo ha reiterado en múltiples ocasiones la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otros en el criterio antes transcrito, esta obligación, nace con la misma **creación de las AFP**, mediante la expedición de la Ley 100 de 1993 y si bien no existía el deber del buen consejo, se determinó en el trámite procesal que en efecto la información en los términos señalados no le fue suministrada a la actora.

De igual forma, revisado el expediente se encuentra que la única prueba aportada como lo indicó la decisión de instancia que da cuenta del acto de traslado de régimen, promovido por Porvenir S.A., es el formulario de afiliación suscrito por la actora en el año 1995, por lo que es necesario resaltar que en el ordenamiento jurídico se establece el principio de trascendencia legal y constitucional, como lo es, el de la primacía de la realidad sobre lo meramente escritural o formal que es lo que ocurre en este caso, en donde no le bastaba a las demandadas con la suscripción del formulario como señal de aceptación de todas las condiciones, el que si bien no fue tachado, lo cierto es que del mismo no se deriva el cumplimiento del deber de información bajo estudio y el hecho de que sobre este no se hubiera manifestado reparo alguno, no convalida el traslado de régimen que se dio sin la información requerida para el efecto.

Asimismo, no se puede derivar confesión alguna del interrogatorio practicado a la demandante como quiera que reiteró lo expuesto en el libelo inicial, señalando que lo único que le informaron es que Cajanal se iba acabar, por lo que tenía que afiliarse a un fondo privado y que se iba a pensionar en mejores condiciones.



Adicionalmente, en estos casos conforme la inversión de la carga de la prueba es la administradora pensional quien debe probar el suministro de la información en los términos señalados y no la demandante, lo que no ocurrió en esta oportunidad, por lo que el acto de traslado no se puede reputar una decisión libre y voluntaria.

Es así como en estos casos, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto este tipo de acción, por lo que se pretende, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia**, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

“En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineffectividad en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.”

Así las cosas, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1995**, resulta forzoso concluir que a la promotora del litigio no le fue brindada de manera completa toda la información que implicaba su traslado, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de ineffectividad del traslado conforme lo dispuso la decisión de primer grado.

No pudiendo tampoco las demandadas alegar la prohibición establecida en la ley 797 del 2003, pues como lo dijo la Corte en la sentencia SL 1818-2021, esto no tiene ninguna incidencia en los casos de ineffectividad de traslado, pues como ya se dijo el acto de traslado no tuvo validez en ningún momento.

En cuanto a los gastos de administración, se tiene que tal punto no debe ser objeto de revocatoria o modificación alguna, ya que la línea jurisprudencial aplicable a estos casos, ha sido enfática en indicar la



procedencia del traslado de los mismos, los que no están sujetos al término prescriptivo, aspecto que fue reiterado entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019, SL 4989 del 14 de noviembre de 2018 y recientemente en la SL 2884 del 23 de junio de 2021, en la que se señaló:

*“También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.**” (Negrilla fuera del texto original)*

Al punto, resulta pertinente señalar que el concepto expedido al respecto por parte de la Superintendencia Financiera, no resulta vinculante a estas decisiones, como quiera que tal índole sólo la poseen los pronunciamientos emanados por parte de la Corte Suprema de Justicia, como Tribunal de cierre de esta jurisdicción, corporación que conforme el anterior recuento ha establecido con claridad los efectos de la ineficacia de la afiliación de régimen pensional que reprochan las AFP.

Por lo anterior al determinarse la procedencia de trasladar los gastos en mención, se dispondrá **confirmar** la sentencia recurrida frente a este punto.

Siendo necesario precisar, que tampoco le asiste razón a la recurrente Colpensiones en su argumento esbozado en el recurso, según el cual de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPMPD que administra, para lo cual resulta suficiente indicar que junto con la ineficacia, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante, junto con rendimientos y lo descontado por concepto de gastos de administración, durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, ya que una vez trasladados estos dineros, entran a hacer parte del fondo común



que administra, contribuyendo a financiar la pensiones de los demás afiliados a dicho régimen.

Aunado a lo anterior, a juicio de esta Sala, COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados, por lo que se **adicionará** la sentencia recurrida en este aspecto.

En cuanto a la solicitud de Colpensiones de que no se le condene en costas, no se hará ningún pronunciamiento como quiera que el fallador de primera instancia no le impuso costas pese haber sido la parte vencida en juicio.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrieron los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en lo demás la sentencia recurrida.



TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

(En Comisión de Servicios)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 19-2019-125-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: ÓSCAR HERNÁN MEDINA ALBA
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTROS

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora KAREN SILVANA MENDIVELSO, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Porvenir S.A., y Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 19 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 24 de junio de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Colpensiones y Porvenir S.A.

ANTECEDENTES

El señor ÓSCAR HERNÁN MEDINA ALBA por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE nula la afiliación al RAIS que efectuara a través de Colfondos S.A. Pensiones y Cesantías, el 1 de noviembre de 1994, que se declare que se configura un vicio del consentimiento por cuanto la información suministrada fue



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900125-01 Dte: ÓSCAR HERNÁN MEDINA ALBA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

insuficiente e imprecisa por parte de los asesores de Colfondos S.A., que se ordene a Porvenir S.A., trasladar a Colpensiones la totalidad de los valores desde la fecha del traslado al RAIS, incluyendo los respectivos rendimientos e indexaciones, que se ordene a Colpensiones recibirlo y registrar en la historia laboral las cotizaciones realizadas a las AFP Colfondos y Porvenir S.A., y que se declare que para efectos pensionales continúa afiliado sin solución de continuidad al RPM. Por último, solicita se condene en costas a las demandadas.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que se afilió al ISS desde el 1 de abril de 1980, hasta el 31 de octubre de 1994, con algunas interrupciones, acumulando un total de 656 semanas, como consta en la historia laboral emanada por Porvenir S.A., que realizó traslado a la AFP Colfondos el 1 de noviembre de 1994, que nació el 30 de enero de 1954, y acumula 1.683 semanas de cotización al 30 de septiembre de 2018, que al momento de realizar la afiliación el asesor de Colfondos S.A., utilizó como argumentos de venta que el ISS se iba a acabar, que las AFP tenían un respaldo más sólido por la tasa de interés del mercado, que su pensión sería más favorable si se trasladaba al RAIS, que podría pensionarse cuando quisiera, inclusive antes de los 62 años, que la asesoría se hizo de una forma verbal y muy breve al momento del traslado, pues solo demoró unos 15 minutos.

Indica que teniendo como único fundamento la información y asesoría suministrada por Colfondos S.A., de buena fe realizó la afiliación, que realizó tiempo después un traslado de Colfondos a Porvenir S.A., desde el 31 de marzo de 2002, hasta la fecha, que el 16 de noviembre de 2018, solicitó a Porvenir una proyección de su mesada pensional, que por tener 40 años al 1 de abril de 1994, es beneficiario del régimen de transición, que prolongó la transición hasta el 31 de diciembre de 2014, permitiendo pensionarse a los 60 años de edad y 1.250 semanas de cotización obteniendo una tasa de reemplazo del 90% del promedio de los diez últimos años, que la mesada pensional en el RPM (\$13.066.887) es ostensiblemente mayor que la propuesta por el RAIS (\$4.421.400).



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900125-01 Dte: ÓSCAR HERNÁN MEDINA ALBA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Refiere por último que el 5 de diciembre de 2018, por medio de derecho de petición, solicitó a Colfondos S.A. que se declarara la invalidación de la afiliación al RAIS, por la omisión en el deber de información sobre los beneficios o desventajas que frente a ella tenía, que el 2 de enero de 2019, Colfondos dio respuesta a la petición aclarando que esta se suministraba de manera verbal, por lo que cuentan con soporte físico de dicha asesoría firmada por el afiliado, siendo el único soporte el formulario de afiliación, que mediante derecho de petición solicitó a Porvenir la invalidación de la afiliación, que el 10 de diciembre de 2018, dicha AFP manifestó que no era procedente, que el 4 de diciembre de 2018, formuló reclamación administrativa ante Colpensiones, que el 5 de diciembre de 2018, recibió respuesta negativa por parte de dicha administradora.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Colpensiones**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 3 parcialmente, 16, 17 y 18 parcialmente y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones que denominó validez de la afiliación al régimen de ahorro individual, cobro de lo no debido, falta de causa para pedir, inexistencia del derecho reclamado, prescripción, buena fe, inexistencia de intereses moratorios e indexación, compensación e innominada o genérica.

Por su parte, **Porvenir S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 7, 8, 14, 15 y 18, negó los No. 3, 9 y 11 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, falta de causa para pedir e inexistencia de las obligaciones demandadas, buena fe, prescripción de las obligaciones laborales, enriquecimiento sin causa e innominada o genérica.

Colfondos S.A., no allegó contestación de la demanda.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la INEFICACIA del traslado del señor ÓSCAR HERNÁN MEDINA ALBA, identificado con C.C. N° 19.276.596, del régimen de prima media con prestación definida administrado



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900125-01 Dte: ÓSCAR HERNÁN MEDINA ALBA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

por la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES – COLPENSIONES al de ahorro individual con solidaridad administrado por la AFP HORIZONTE hoy AFP COLFONDOS S.A., PENSIONES Y CESANTÍAS, realizado el 21 de octubre de 1994, conforme a lo considerado en la parte motiva de esta decisión.

SEGUNDO: DECLARAR válidamente vinculado al demandante ÓSCAR HERNÁN MEDINA ALBA al RPM desde el 1 de abril de 1980, hasta la actualidad como si nunca se hubiera trasladado y por lo mismo siempre permaneció en dicho régimen.

TERCERO: CONDENAR a PORVENIR S.A., a devolver a COLPENSIONES todos los valores que hubiere recibido con motivo de la afiliación del señor ÓSCAR HERNÁN MEDINA ALBA, como cotizaciones, aportes adicionales, bonos pensionales junto con rendimientos financieros causados incluidos intereses y comisiones sin descontar gastos de administración con destino a COLPENSIONES, sumas debidamente indexadas, donde COLPENSIONES está obligada a recibir dichas sumas.

CUARTO: ABSOLVER a las demandadas de las demás pretensiones incoadas en su contra. (...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado describiendo en primer lugar las premisas normativas y jurisprudenciales en que fundaría su decisión. Señaló que el demandante nació 30 de enero de 1954, como conforme la copia de la cédula de ciudadanía que obra en el expediente, que cotizó en el ISS un total de 548.43 semanas desde el 1 de abril de 1980, hasta el 31 de octubre de 1994, conforme se verifica en la historia laboral que fue allegada al expediente tanto por la parte demandante como por Colpensiones, el 21 de octubre de 1994, el demandante solicitó su traslado al RAIS y, por ende, su vinculación se recuerda a la AFP Colfondos esto se verifica con el formulario de afiliación, estando dentro del RAIS se traslada a la AFP Porvenir, entidad a la cual se encuentra afiliado en la actualidad y la diligencia de interrogatorio de parte que rindió el demandante que en resumen indicó sus generales de ley, su profesión de ingeniero civil, que en la actualidad desempeña como independiente, que inició a la laborar por el año 1980, en la Cooperativa de Intendencia y Comisaría, que fue afiliado desde el inicio al ISS y en ese cargo se desempeñó hasta el año 81, en lo concerniente a carreteras e infraestructura pública, que posterior al trabajo en la Gobernación de Boyacá después trabajó en múltiples empresas como ingeniero civil a nivel nacional, recuerda que en el año 94, se dirigió uno de los puntos de la ciudad de Bogotá para rendir informes donde fue abordado por un asesor de Colfondos que le ofrece beneficios en cuanto a la pensión, diciéndole que podía retirar los dineros en cualquier tiempo y que el ISS se iba a liquidar, que después del año 2002, le ofrecieron un cambio para la AFP Porvenir indicándole que eran unos mejores rendimientos y una mesada pensional que sería superior, que nunca le fue prestada una asesoría por parte de las AFP respecto a los regímenes pensionales como era que funcionaban sus características y como



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900125-01 Dte: ÓSCAR HERNÁN MEDINA ALBA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

sería el tema de aportes voluntarios, que no los conoció, bono pensional ni que los dineros iban en una cuenta de ahorro individual, indicó no haber sido explicado.

Señaló que el demandante pretendía le sea declarada la nulidad de su afiliación del RPM al RAIS con sustento en que el fondo accionado incumplió con el deber legal de darle una información relevante y suficiente al momento de la afiliación, la consecuencia jurídica con base en lo consignado en el ordenamiento jurídico principalmente en la decantada jurisprudencia de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia es la ineficacia o exclusión de todo efecto jurídico, de allí que el Despacho en uso de la facultad ultra y extra petita que consiga el artículo 50 del CPTSS dará tal tratamiento y examinará el caso de cambio de régimen pensional por trasgresión al deber de información en dirección a validar o no la eficacia de ese acto jurídico.

Que era determinante en tratándose de traslado de regímenes pensionales que las entidades encargadas de su dirección y funcionamiento garanticen una información libre y voluntaria, con la entrega de la información suficiente y transparente que les permita a los afiliados elegir entre las distintas opciones que hay en el mercado la que mejor se ajuste a sus intereses, esto es que les describan características, condiciones, acceso y servicios de cada uno de los regímenes pensionales implicando con ello una comparación entre las características, ventajas y desventajas en forma objetiva de cada uno de los regímenes vigentes. Así como cuales son las consecuencias jurídicas del traslado, de modo que el afiliado conozca como funcionan los dos sistemas de pensiones, tanto el público como el privado, ese cumplimiento debe ser riguroso pues de ese ejercicio dependen importantes intereses sociales como la protección de la vejez, invalidez y muerte.

Que la afirmación que hace el demandante de no haber recibido una información clara, completa, veraz, correspondía a un supuesto negativo que sólo puede ser por desvirtuado es por el fondo mediante el cual acredite la prueba o la allegue que cumplió con la obligación de información, por lo que se deduce que no cumplió la AFP Colfondos con ese deber legal de entregar una información veraz de la situación que tendría el accionante para poder decidir o escoger el mejor régimen para pensionarse, a Colfondos se le dio por



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900125-01 Dte: ÓSCAR HERNÁN MEDINA ALBA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

no contestada la demanda ni siquiera el fondo allegó el formulario de afiliación sino que fue aportado por la parte demandante que por cierto no fue tachado.

El único medio de convicción de Colfondos y Porvenir S.A., era el formulario de afiliación que obra en el expediente, los formatos pre impresos por los fondos que consignan que la afiliación se hace libre y voluntaria y otro tipo de aseveraciones, estas no son suficientes para que el Despacho de por demostrado el deber de la información que le asistía a los fondos. No se acreditó que este traslado haya sido informado por Colfondos y luego por Porvenir.

Indicó que si bien el traslado del demandante había tenido lugar en el año 1994, data para cual, no se había decantado en su totalidad el tema de la doble asesoría, lo cierto era que las AFP tenían la obligación de suministrar toda la información en los términos señalados desde que fueron creadas por intermedio de la Ley 100 de 1993, como quiera que las partes demandadas no cumplieron con ese deber que tenían de la carga dinámica de la prueba, el Despacho concluyó que se faltó al deber de la información y por ello no le era permitido realizar el cambio de régimen pensional al demandante, aclarando que la actuación de traslado del RPM al RAIS no se convalida por los traslados de las AFP Colfondos y Porvenir, ciertamente la decisión de escoger entre una y otra administradora dentro del RAIS no implica que cumpliera a cabalidad con ese deber de la información de traslado inicial. Además, los traslados que realizó el demandante entre las administradoras privadas son actos de relacionamiento que confirman su intención de permanecer en el RAIS, resultan inútiles pues así lo ha dicho la Corte Suprema de Justicia Sala Laboral.

Concluyendo que fue escaso el material de pruebas que allegaron las demandadas, habiendo lugar a declarar la ineficacia del traslado del régimen pensional efectuado por el demandante a la AFP Colfondos, realizado el 30 de enero 1994. Respecto de la excepción de prescripción se declaró no probada toda vez que la acción de ineficacia era imprescriptible y formaba parte del derecho fundamental a la seguridad social, el que no se extinguía con el paso del tiempo. Frente a las demás excepciones dadas las results del proceso se declararon no probadas.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900125-01 Dte: ÓSCAR HERNÁN MEDINA ALBA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir S.A.**, recurrió señalando que el demandante sustentó todas sus pretensiones en la información que no recibió de parte de los fondos privados a los cuales se encontraba afiliado, lo que indica que está alegando una ignorancia de la ley y según el artículo 9 del Código Civil, la ignorancia de la ley no sirve de excusa. Ahora bien, existen en Colombia dos regímenes de pensiones, el régimen público administrado por Colpensiones y los regímenes privados administrados por las administradoras de pensiones, en este sentido, todos los requisitos se encuentran determinados para cada uno de dichos regímenes tales como condiciones de afiliación, traslado, cotización, reconocimiento de prestaciones, todos se encuentran definidos en la ley y alegar que la ignorancia de la ley es la razón por la cual se puede decretar la ineficacia del traslado del demandante claramente se encuentra en contra de esta norma.

Además de lo anterior, la Corte Constitucional en Sentencia C-651 del 97, al estudiar la inconstitucionalidad del artículo 9 indicó *“El conocimiento de la ley es un supuesto de convivencia y una construcción jurídica, es indispensable para conservar el orden jurídico de un Estado y para proteger los derechos, garantías y deberes de sus asociados. Es decir, en estricto derecho, constituye una presunción Juris et Jure sobre la que se asienta toda la organización jurídica y social de las naciones civilizadas.”* Presunción ante la cual no se puede declarar en contra, es decir, que la declaración del Despacho está en contra de esta presunción del conocimiento de la ley.

Solicitó se estudien estos argumentos para que se revoque en su totalidad la sentencia recién proferida. Sin embargo, si se decidiera confirmar la declaratoria de ineficacia solicita no se incluya dentro de la decisión el traslado de los gastos de administración, toda vez que los mismos constituyen una contraprestación a la actividad realizada por Porvenir S.A., en la cual se ve manifestada los rendimientos que se presentaron respecto a los aportes y el capital que se encuentra en la cuenta de ahorro individual. Por otra parte, que no se puede cobijar con la imprescriptibilidad de los derechos pensionales a estos gastos de administración, toda vez que nunca serán tenidos en cuenta en ninguno de los dos regímenes para calcular el derecho pensional que pudiera tener derecho el demandante.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900125-01 Dte: ÓSCAR HERNÁN MEDINA ALBA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

La demandada **Colpensiones** indicó que la decisión se fundamentó en la falta del deber de información que según tenían las AFP que brindar al momento de la suscripción del formulario de afiliación, pasando por alto que para esa fecha la realidad del momento según la normatividad aplicable para la época era la Ley 100 de 1993, y esto se llevaba a cabo con la aceptación espontánea, libre y expresa del afiliado para trasladarse de régimen, está igualmente se manifestaba a través de la firma del formulario, lo cual se dio a plenitud según se deriva del formulario de afiliación suscrito y firmado por el demandante, el cual él mismo allegó.

Así mismo, para la fecha de la suscripción y firma del formulario no existía la Ley 1748 de 2014, ni el Decreto 2071 de 2015, con los cuales nace la obligación de las AFP de dar una doble asesoría a sus afiliados, así las cosas el análisis de la información suministrada por la AFP y el alcance de la asesoría que debió brindar al momento de la afiliación deben ser valorados bajo la normatividad vigente para la fecha de suscripción del formulario o de la materialización del traslado en este asunto pues la Ley 100 de 1993. El juzgamiento de la conducta de los fondos con base en normas inexistentes no tiene justificación jurídica alguna y viola gravemente el debido proceso de Colpensiones que sin haber participado en el trámite del traslado es quien debe afrontar la carga de la prestación, esto con base a que no se tuvo en cuenta al momento de proferir sentencia el principio de la relatividad jurídica entorno a que Colpensiones es un tercero en este asunto, por lo que esta administradora no puede de ninguna manera ser favorecida y mucho menos perjudicada por ese contrato que se celebró entre el demandante y la AFP.

En cuanto a lo manifestado en que la carga de la prueba recae única y exclusivamente en cabeza de la AFP, se encuentra que hasta el año 2016, los fondos privados contaban exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento y asentamiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre 1994, y 2016, no exigían nada diferente al documento de afiliación donde constaba la plena intención de pertenecer al RAIS, es por esto que imponer cargas adicionales a las previstas en las leyes de la época se constituye en una situación de carácter imposible.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900125-01 Dte: ÓSCAR HERNÁN MEDINA ALBA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Que el accionante ha permanecido en el RAIS por más de 27 años, por lo que Colpensiones resulta lesionada con la decisión adoptada en cuanto a la afectación del equilibrio de sostenibilidad financiera del sistema consagrado en el artículo 48 de la Constitución Política, adicionado por el artículo 1 del Acto Legislativo 01 de 2005. También se reitera el artículo el artículo 2 de la Ley 797 de 2003, en el cual se hace una prohibición expresa de que el afiliado no podrá trasladarse de régimen cuando faltaren 10 años o menos para cumplir la edad para tener derecho a la pensión de vejez.

Solicitó que se mantenga la condena impuesta a la AFP en el entendido que debe reintegrar a Colpensiones la totalidad de la cotización que ha recibido por parte del demandante y en general todos los aportes efectuados por el accionante a la AFP y que se adicione a la sentencia la condición de que la condena impuesta a Colpensiones como una obligación de hacer a favor del demandante, de recibirlo y activarlo como afiliado actualizando su historia laboral sólo se podrá hacer efectiva una vez cumplida las obligaciones impuestas a la AFP en la sentencia,, toda vez que Colpensiones no podrá dar cumplimiento a las mismas hasta tanto la AFP no reintegre los recursos a Colpensiones y actualice la información del demandante en la respectiva base de datos, reiterando se revoque la decisión en su totalidad y en consecuencia se absuelva a Colpensiones de cada una de las pretensiones incoadas en su contra.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por el señor ÓSCAR HERNÁN MEDINA ALBA, se circunscribe a la declaratoria de nulidad de la afiliación que realizara con Colfondos S.A., Pensiones y Cesantías a través de formulario suscrito con esa AFP el 21 de octubre de 1994, como se verifica de copia de dicha documental, allegada por el demandante y visible en expediente digital, no habiendo sido objeto de reparo, su posterior traslado horizontal a la AFP Porvenir S.A.

Sobre el particular, si bien se peticionó la nulidad del acto del traslado al RAIS, lo cierto es que se alegó tal circunstancia por omisión en el deber de información de la AFP, escenario en el cual lo pretendido se estudia a través de la óptica de la ineficacia, figura que ha sido objeto de amplio desarrollo



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900125-01 Dte: ÓSCAR HERNÁN MEDINA ALBA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos como en el presente y contrario a lo señalado por Colpensiones en su recurso, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al del demandante.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900125-01 Dte: ÓSCAR HERNÁN MEDINA ALBA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

De las pruebas aportadas al expediente y contrario a lo indicado por la recurrente Colpensiones, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que al señor Óscar Hernán Medina, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, como tampoco información acerca de su situación pensional particular, pues se itera; y en interrogatorio de parte vertido por este, señaló que le indicaron un hecho incierto como que el ISS, se iba a acabar, no siendo de su resorte investigar la veracidad de tales afirmaciones, pues es deber de la administradora pensional, actuar con **transparencia** en cuanto a la información que le brinde a sus posibles afiliados; de tal manera, al no haberse allegado prueba de la información brindada al señor Óscar Hernán Medina, quedando así demostrado que la demandada Colfondos S.A., faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900125-01 Dte: ÓSCAR HERNÁN MEDINA ALBA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la recurrente Colpensiones y por Porvenir S.A. en alegaciones, la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a Colfondos S.A., probar el suministro de dicha información al señor Óscar Medina, desde la fecha en que este suscribió el formulario de afiliación ante dicha administradora, lo que en efecto no ocurrió y si bien como acertadamente lo afirma Colpensiones, para la época del traslado del actor, no existía el deber del buen consejo ni tampoco el de elaborar proyecciones pensionales, sí se debía informar a este de los pormenores de su traslado en los términos antes citados, no obstante, ninguna prueba se allegó al efecto; deber que no se suple con el formulario, documental que no resulta suficiente para concluir que se le hubiera brindado al actor toda la información referente a su traslado pensional previo a suscribir dicho



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900125-01 Dte: ÓSCAR HERNÁN MEDINA ALBA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

formulario de afiliación, máxime cuando de él sólo se desprenden los datos personales del afiliado y ningún dato relevante a su situación pensional.

Conforme lo anterior y si bien como lo manifiesta Porvenir S.A., en su recurso, el demandante también tiene el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que ante la experticia de la entidad que promovió su traslado al RAIS, le correspondía en el acto del traslado brindarle a él como afiliado toda la información respecto a las consecuencias de la decisión de cambiar de régimen pensional, omisión que conlleva a la ineficacia de tal acto, ya que se itera, las reales implicaciones del acto de traslado sólo las puede conocer el afiliado cuando se le brinda la adecuada información al respecto, la que está en custodia de las AFP, pues que conforme el papel que desempeñan en el sistema son las encargadas de promover las afiliaciones y son quienes conocen el manejo y características del sistema pensional, conocimiento que no poseen los afiliados y que tampoco se encuentra en los extractos expedidos por estas, aunado a ello, dicho acto se encuentra afectado de ineficacia, razón por la cual, no nació a la vida jurídica y todos los actos que se realizaron con ocasión del mismo, corren la misma suerte.

Por otra parte y en cuanto al argumento de la recurrente Porvenir S.A., esbozado en su recurso referente al traslado de los gastos de administración, se tiene que los mismos son susceptibles de dicho traslado, y no se ven afectados por el fenómeno prescriptivo como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.** (Negrilla fuera del texto original).*

Lo anterior por cuanto en virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen **no existió** y por ende, no resulta de recibo que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900125-01 Dte: ÓSCAR HERNÁN MEDINA ALBA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido y que fueron erogaciones realizadas a los aportes del afiliado.

Respecto a la permanencia del actor en el RAIS y los traslados horizontales dentro de este, se tiene que contrario a lo manifestado por la recurrente Colpensiones, la Sala Laboral de la CSJ ha sido enfática en señalar entre otras en la sentencia SL 1688-2019 que así el afiliado haya realizado traslados horizontales dentro del RAIS o permanecido con el paso de tiempo en dicho régimen, tales actos no tienen la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, por lo tanto con ellos no se sana la falta de información, postura que se mantiene y que fuera reiterada nuevamente en la sentencia SL3199-2021.

De otra parte y si bien el demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003 como lo reitera Colpensiones en sus alegaciones, nada impedía que interpusiera esta acción alegando la falta al deber de información, que es lo que habilita para estudiar la validez de su traslado en sede judicial y en tanto como bien lo indicó la decisión de primer grado, esta acción por tener relación intrínseca con derechos pensionales, resulta **imprescriptible**, y la omisión bajo estudio contrario a lo indicado por la recurrente Colpensiones, **no se sana con el paso del tiempo**, ya que se itera, desde su nacimiento el acto de traslado se reputa ineficaz al no mediar la información necesaria al efecto.

Sentado lo anterior y contrario a lo indicado por Colpensiones en su recurso, el hecho de que el demandante no hubiera retornado al RPM en los plazos legales concedidos para el efecto, no lo priva de la posibilidad de acudir a esta acción judicial alegando la falta al deber de información, siendo también deber de la administradora del RAIS que promovió su traslado a ese régimen haberle puesto de presente tales posibilidades, no obstante como se vio, ello no ocurrió.

En cuanto al argumento de Colpensiones, esbozado en sus alegaciones y recurso según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, se afecta la sostenibilidad financiera del régimen que administra, suficiente resulta indicar que, junto con este, se determina la procedencia de trasladar



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900125-01 Dte: ÓSCAR HERNÁN MEDINA ALBA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS junto con rendimientos y gastos de administración, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna.

Así las cosas y contrario a lo indicado por las recurrentes, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente al demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1994**, resulta forzoso concluir que no le fue brindado a este de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia** señalada en primera instancia.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia apelada.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 19201900125-01 Dte: ÓSCAR HERNÁN MEDINA ALBA Ddo.: COLPENSIONES Y OTROS

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

(En Comisión de Servicios)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA LABORAL**

MAG. PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

**PROCESO ORDINARIO DE CARLOS ALBERTO AMÓRTEGUI PACHECO VS
CAXDAC RADICADO 21-2021-332-01**

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

DECISION

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada CAXDAC contra el auto proferido por la Juez 21 Laboral del Circuito de Bogotá el día diecisiete (17) de mayo de dos mil veinte (2023), en cuya virtud declaró no probada la excepción de falta de integración de litisconsorcio necesario. (Expediente Digital).

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de la parte demandada.

HECHOS

El señor CARLOS ALBERTO AMÓRTEGUI PACHECO, instauró demanda en contra de CAXDAC, para que se Declare que tiene derecho a la pensión especial de vejez como trabajador de alto riesgo, a cargo de la entidad demandada, esto es, La Caja de Auxilios y Prestaciones de la Asociación Colombiana de Aviadores Civiles CAXDAC, con los incrementos ordenados por la ley y los convencionales pertinentes, pago de las mesadas pensionales causadas desde que cumplió las 1029 semanas hasta la fecha del reconocimiento efectivo de la pensión, pago de la suma mensual que se declare probada como mesada pensional, los intereses de ley y la indexación que se causen de la presentación de esta demanda hasta la ejecución del fallo (art. 88 num.3 inc. 2º. C.G.P.), pago de la suma que se declare probada con los incrementos legales y la indexación que se causen posteriormente

de la ejecutoria del fallo y durante la vida del pensionado, extra y ultra petita, costas y agencias en derecho. (Expediente Digital).

La entidad demandada CAXDAC contestó proponiendo la excepción previa de falta de integración del litisconsorcio necesario, con TAMPA SAS Y LA ARL

El A – Quo declaró no probada la excepción propuesta considerando en síntesis lo siguiente: *".... Considera la pasiva que es necesario vincular a Tampa SAS y a la ARL a la que se encuentra afiliado el demandante, **sustentó su petición sobre la necesidad de vincular a Tampa S.A.S., por cuanto dicha sociedad fue uno de los empleadores que sostuvo una relación laboral con el accionante y ante una eventual condena, debe asumir el pago adicional de las cotizaciones a pensión en los términos del artículo quinto del Decreto 2090 de 2003; por otra parte, tratándose de la ARL, sustenta su petición de vinculación ante la afirmación de las contingencias de salud padecidas por el accionante, quien aduce, que son de origen laboral y por ello la necesidad de la vinculación de dicha sociedad por ser la llamada a reconocer una eventual pensión de invalidez.** Para resolver, es señalarse que el litisconsorcio necesario de acuerdo con el artículo 61 del CGP, se encuentra establecido para aquellos procesos judiciales que por su naturaleza jurídica, deben resolverse de manera uniforme y concentrada, en los que no es posible desarrollar el litigio sin la comparecencia de todos los sujetos procesales intervinientes que conforman la parte demandante o demandada; es decir, la demanda debe formularse por todos o contra todos los intervinientes implicados en los hechos materia del litigio, norma del que sabe concluir que en el ámbito laboral se debe constituir el litisconsorcio necesario en todo proceso en el que, además de determinar la existencia de créditos laborales a favor del trabajador o en este caso afiliado, se persigue el pago de condena por parte de cualesquiera de las personas sobre las que la ley impone el deber de la solidaridad, de suerte que el responsable principal de las deudas laborales ha de ser siempre parte procesal cuando se pretende la existencia y pago de las deudas laborales o como en este caso, pensionales, mientras que los deudores solidarios, deben ser necesariamente partes procesales en los procesos que tengan por objeto definir la solidaridad, esto es, si se dan o no los presupuestos para declarar tal responsabilidad solidaria frente a la deuda laboral reconocida por el empleado o el ente de Seguridad Social, también en casos de que sea declarada judicialmente en proceso, se repite anterior o concomitante. **Aclarado lo anterior, esta excepción no está llamada a prosperar en esta oportunidad, habida cuenta que, si bien es cierto, en el ordenamiento se encuentra establecido que ante las actividades de alto riesgo, son los empleadores quienes tienen la obligación de realizar los aportes por los puntos adicionales que se refiere el artículo 5 del Decreto 2090 de 2003, también lo es que el artículo 8 del decreto 283 de 1994, expresamente faculta a CAXDAC para que en caso de incumplimiento de los pagos de las cotizaciones por parte de las empresas aportantes, repita contra ellas el valor de las pensiones que fueron reconocidas y pagadas; por consiguiente, ante un eventual fallo condenatorio, la Caja convocada a juicio estaría habilitada o facultada por el ordenamiento legal para iniciar las actuaciones administrativas o judiciales que estimara necesarias contra Tampa S.A.S., tendiente a obtener el cobro de los puntos adicionales que deben realizarse para que no se vea afectada la sostenibilidad financiera del mismo, lo que es suyo excluye la necesidad de que tal empleadora deba comparecer a esta actuación judicial. Ahora con relación a la vinculación de la ARL a la que se encontraba afiliado el demandante, bajo el argumento de que éste afirmó en su escrito demandatorio que el acaecimiento de su estado de salud, obedece a las actividades que ha desarrollado como piloto, por supuesto que también no es de recibo dicha vinculación por la razón de que en el presente asunto, no se persigue el reconocimiento de una pensión de invalidez o prestación alguna proveniente del sistema de riesgos profesionales, al punto de que no se formularon pretensiones con tal carácter, sin que las situaciones fácticas narradas, den***

lugar a que el despacho realice un eventual estudio sobre la misma, de ahí que ninguna vulneración frente a las prerrogativas constitucionales de la demandada, se advierta por la no vinculación de Tampa S.A.S. como de la ARL a la que se encontraba afiliado el actor.

Inconforme com esta decisión el apoderado de la demandada interpuso recurso así: “..Frente a la ARL, no voy a proceder con ningún recurso, pero frente a la integración de la empresa de Aviación, si quisiera en primera medida interponer recurso de reposición, y si la señora juez sostiene su decisión, me conceda el recurso de apelación. Bajo qué raseros o bajo qué fundamentos: estamos acá frente a hipotéticos, que sería la hipotética condena de la Caja a un eventual reconocimiento de una pensión de alto riesgo, la Caja, solicita la integración de las empresas de aviación, porque si bien es cierto, **la doctora en su estudio evidenció que el artículo 8 de la 1282, faculta a la Caja para repetir en contra de la Empresa de aviación, lo cierto es que en la práctica, los jueces laborales, cuando ven un proceso ejecutivo de la Caja, lo están negando, estamos llegando al tribunal y lo están negando, doctora, el acceso a la administración de Justicia de la Caja para cobrar aportes, de transferencias de sus regímenes especiales y también aportes de Ley 100, no son fructíferos.** ¿Por qué? Porque los juzgados, cuando ven una demanda de una AFP reconocido, Porvenir, Protección, o de un RPM como lo es Colpensiones, de forma inmediata expiden un mandamiento de pago, pero con la Caja no ha sido así y es la historia y la sana crítica de las demandas interpuestas por la Caja, lo que me lleva a pedirle a usted que en esa instancia pidamos la integración por si se llega a generar alguna condena de una vez se despache en contra de la Empresa de Aviación y la Caja no tenga que interponer un proceso adicional que en la administración de Justicia estamos encontrando que como somos una Caja no tan reconocida nos están negando. Sí, ¿porque se lo se lo solicitó esa forma, señor juez?, porque en lo personal hemos radicado más demandas ejecutivas en contra de diversas empresas de aviación por diversos conceptos, y eso es lo que nos hemos encontrado, mandamientos de pago negados en juzgado y en tribunal. ¿Por qué? Pues simplemente porque no somos una entidad plenamente conocida en la jurisdicción y 2, pues su merced entenderá que si se expide una condena, También la caja si quiere hacer efectivo ese recobro, tendría que interponer de pronto el proceso ordinario y el trámite de un proceso ordinario para el pago de unos aportes de Ley 100, conllevaría mucho tiempo y estamos en la coyuntura de la integración de cálculos actuariales al 31 de diciembre del 2023 y si sucede que se avale la reforma pensional que está radical día de hoy en el Congreso, uno de sus acápite indica que todos los fondos que administraron el RPM, distintos a Colpensiones, deben desaparecer entonces, si es así, la caja uno; tendería a desaparecer, dos: la gestión de cobro, como le indicaba doctora, es infructífera y 3, si se puede integrar en este momento a Tampa para que también nos indique lo de las convenciones colectivas que también lo indican en sus hechos, también sería muy bueno para para el desarrollo de este proceso.

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso, según lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S; esto es solo y únicamente en cuanto a la vinculación de TAMPA SAS advirtiéndole desde ya que la decisión de la Juez será confirmada. Veamos las razones; siendo necesario previo a resolver el argumento del recurso, hacer algunas precisiones.

El artículo 61 del C.GP., aplicable por analogía al procedimiento laboral, señala que **cuando el proceso verse sobre relaciones o actos jurídicos respecto de los**

cuales, por su naturaleza o por disposición legal, haya de resolverse de manera uniforme y no sea posible decidir de mérito sin la comparecencia de las personas que sean sujetos de tales relaciones o que intervinieron en dichos actos, la demanda deberá formularse por todas o dirigirse contra todas; si no se hiciere así, el juez, en el auto que admite la demanda, ordenará notificar y dar traslado de esta a quienes falten para integrar el contradictorio, en la forma y con el término de comparecencia dispuestos para el demandado.

En el sub-lite se observa que lo reclamado en esta demanda efectivamente y como explicó la Juez es simplemente UNA PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ, por desempeñar el actor una labor que asegura, es de alto riesgo y esta pretensión puede ser resuelta contrario a lo afirmado por la demandada, sin la comparecencia de la empresa en donde labora el demandante, **porque y además no se debate en este proceso si hay lugar o no cotizaciones adicionales y ello definitivamente será asunto que se resolverá en la sentencia, sin que se tenga que vincular a esa persona jurídica. Todas las disquisiciones al respecto, tanto al proponer la excepción como al sustentar el recurso, en nada guardan relación con la figura establecida en el art 61 del CGP, y se itera más bien son argumentos de defensa en el evento de una condena; luego no existe relación de las que señala la norma contenida en el art 61 del CGP, esto es de aquellas que por su naturaleza o por disposición legal obligan a resolver de manera uniforme.** Siendo ello así; para la definición de la pretensión principal del proceso esto se itera PENSIÓN ESPECIAL DE VEJEZ, que se afirma esta a cargo de LA CAJA DE AVIADORES CIVILES CAXDAC, **no es necesaria la intervención del empleador pues sin el, se puede producir una sentencia de fondo.**

De lo anterior se puede concluir claramente que no hay lugar a integrar el litisconsorcio necesario, teniendo en cuenta que la naturaleza del asunto permite la definición del mismo mediante sentencia de fondo, sin necesidad de vincular obligatoriamente a esta persona jurídica.

Insiste la Sala para integrar el litisconsorcio solo debe el juez atenerse a los requisitos de la norma que lo contempla, sin que en este caso se den estos presupuestos y que la integración del litisconsorcio necesario es una figura que tiende a la vinculación de todas aquellas personas que pueden verse afectadas por las decisiones, a fin de que se informen de la naturaleza del proceso, asuman la posición de parte y ejerzan sus derechos de contradicción y defensa. En virtud de ello, la vinculación al proceso de una persona a fin de integrar el litisconsorcio **requiere únicamente de la demostración de que la relación sustancial debatida en juicio puede afectar a la parte llamada a integrarlo,** lo que no sucede, ni si quiera con el argumento de unas posibles omisiones en cotizaciones, lo que se

reitera, debe resolverse en la sentencia, reiterando que la demandada funge válidamente como parte pasiva de la relación jurídica procesal, sin que el no llamar a la empresa, que se señala, como necesaria impida una decisión de fondo.

Ahora que los procesos en donde se cobran por las entidades de seguridad social, las cotizaciones específicamente CAXDAC, sean negados, por los jueces, no pasa de ser una afirmación carente de respaldo, un supuesto que afirma una denegación de justicia, para la cual existen medios legales no solo para recurrir las supuestas negativas **injustificadas de mandamientos de pago, sino las irregularidades que eso sería que por ser una caja no conocida se niegue sin fundamento jurídico lo que se le pide al operador judicial; de lo contrario se itera no dejan de ser afirmaciones, sin argumento alguno que incida en la figura que aca se discute; y mucho menos y tampoco aquellas que se basan en hechos futuros e inciertos como la posible desaparición de la caja demandada.**

En consecuencia, habrá de confirmarse la decisión impartida por el A-Quo, por encontrarse ajustada a derecho.

COSTAS a cargo de la parte que recurre.

En mérito de lo expuesto el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto materia de la apelación, por las razones expuestas en la parte motiva del presente proveído.

COSTAS a cargo de la parte que recurre.

Las partes se notifican por **EDICTO** de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.



MARLENY RUEDA OLARTE

(En comisión de servicios)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSY

AUTO

Inclúyase en la liquidación de costas la suma de un salario mínimo legal vigente, a cargo del recurrente y según lo establecido en los artículos 365 y 366 del CGP.



MARLENY RUEDA OLARTE

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 26-2019-361-01

ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA

DEMANDANTE: MARTHA INÉS RESTREPO

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora SHARIK ALEJANDRA MATEUS, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Porvenir S.A., en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso del grado jurisdiccional de consulta a favor de la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado veintiséis Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 7 de septiembre de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Porvenir S.A. y la parte demandante, esta última solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora MARTHA INÉS RESTREPO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la nulidad de la afiliación en pensiones que realizara a Colfondos S.A., por no existir una decisión informada, verdaderamente autónoma y consciente, al no conocer los



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201900361-01 Dte: MARTHA INÉS RESTREPO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

riesgos del traslado, ni las consecuencias negativas de este, que Colfondos y Porvenir S.A., no le informaron sobre los términos del traslado entre regímenes, ventajas, desventajas y riesgos el mismo, por lo que Porvenir S.A., debe trasladar a Colpensiones todos su aportes junto con rendimientos, debiendo esta última activar su afiliación; como consecuencia de tales declaraciones, peticiona se condene a Porvenir a efectuar dicho traslado de aportes y a Colpensiones a recibirlos y activar su afiliación.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 6 de junio de 1959, que prestó sus servicios a la Fiscalía General de la Nación entre 1992 a 2016 y para el año 1994, fue trasladada a Colfondos Pensiones y Cesantías, que actualmente cuenta con 60 años de edad, que la administradora en mención al momento de su afiliación, no le brindó una información adecuada y completa para proceder al cambio de régimen, sólo le indicó ventajas del mismo, más no desventajas; lo propio ocurrió con BVVA Horizonte Pensiones y Cesantías, hoy Porvenir S.A., encontrándose afiliada a la fecha a esta última.

Afirma que en agosto de 2017, peticionó ante Colpensiones la declaratoria de nulidad de traslado y la reactivación de su afiliación a esa entidad, de igual manera solicitó ante Porvenir S.A., copia de los documentos de su afiliación y la información brindada, además de copia de la historia laboral y proyección de monto pensional, que en respuesta a tales solicitudes, Colpensiones únicamente allegó expediente administrativo y no respondió a las demás solicitudes y por su parte Porvenir S.A., le respondió suministrándole copia del formulario de afiliación e historia laboral, de igual forma, procedió Colfondos S.A.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, PORVENIR S.A., se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en No. 1, 4, 9 y 13, negó el No. 6 y el 8.1 y manifestó no constarle los demás. Propuso como excepciones las de prescripción, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201900361-01 Dte: MARTHA INÉS RESTREPO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

COLFONDOS S.A., de igual forma se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos 1, 4, 5 y 14 a 16 y negó los No. 7 y 8, manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de la obligación, falta de legitimación en la causa por pasiva, buena fe, ausencia de vicios del consentimiento, validez de la afiliación al RAIS, ratificación de la afiliación de la actora al fondo de pensiones obligatorias administrado por Colfondos S.A., prescripción y compensación y pago.

Por su parte COLPENSIONES, también se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en numerales 1, 3, 4 a 7, 11, 12 y 14 y manifestó no constarle los demás. Propuso como excepciones las de prescripción, cobro de lo no debido, buena fe y presunción de legalidad de los actos administrativos.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR ineficaz el traslado de régimen efectuado por la demandante al RAIS en el año de 1994.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada PORVENIR S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes realizados por la demandante, junto con rendimientos sin descontar suma alguna por concepto de gastos de administración.

TERCERO: CONDENAR a COLFONDOS a transferir a Colpensiones los dineros descontados por gastos de administración.

CUARTO: CONDENAR a Colpensiones a que acepte dicha transferencia y contabilice para todos los efectos pensionales las semanas cotizadas por la demandante.

(...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando que la CSJ, había señalado en cuanto a la ineficacia del traslado de régimen pensional la Corte Suprema de Justicia, había reiterado que en virtud de lo previsto en los artículos 13 y 271 de la Ley 100 de 1993, en este tipo de casos se debía analizar si el acto jurídico que generó el traslado era libre voluntario, para lo cual, la administradora que promovió el mismo debía demostrar que le había indicado al afiliado tanto las ventajas como las desventajas del mismo, esto es, que le garantizó una libertad informada para que la decisión del afiliado, se considerara autónoma y consciente, la que no tenía tal connotación si el afiliado no conocía las incidencias de dicha decisión y su voluntad informada no se suplía con la simple firma del formulario, que igualmente la Corte había



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201900361-01 Dte: MARTHA INÉS RESTREPO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

reiterado que dicho deber de las administradoras, se había creado con la promulgación de la Ley 100 de 1993, ya que con el tiempo este deber superaba el de la simple información pasando al del buen consejo, que los fondos de las AFP eran patrimonios autónomos y de propiedad de los afiliados, razón por la cual, se les debía aplicar las normas de los encargos fiduciarios tales como los artículos 1232 y 1243 del C co., de igual forma, conforme las disposiciones del Decreto 656 de 1994, todo fondo tenía la obligación de realizar un reglamento que contenga los derechos y obligaciones de los afiliados y debía serle puesto de presente a cada uno de ellos.

Que conforme a los pronunciamientos de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, había que analizar el momento histórico en que se promovió la afiliación para determinar qué obligación le asistía a la AFP respecto de sus afiliados, debiendo probar estas últimas el suministro de información referente al traslado del afiliado requerido para la época, sin que la sola firma del formulario, acreditara tal circunstancia y se debía suministrar con independencia de si el afiliado era o no beneficiario del régimen de transición o tenía una expectativa pensional.

Descendiendo al caso bajo estudio, había quedado probado que la demandante suscribió formulario de afiliación ante Colfondos S.A., en el año 1994, que dicha documental no daba cuenta del cumplimiento del deber de información, sino de la sola suscripción del mismo, que posteriormente, se había trasladado a la AFP Horizonte, formulario de afiliación a esta del cual tampoco se desprendía el suministro de ningún tipo de información; y del interrogatorio de parte que había rendido esta, había sido clara en manifestar que Colfondos le había indicado que podía tener una mejor pensión que en el RPM, que no le informaron el capital para pensionarse ni cómo acceder a una pensión anticipada, no le hablaron de las variables para hallar su mesada pensional, ni respecto de las modalidades para pensionarse en el RAIS, como tampoco de las diferencias con el RPM, encontrando el despacho que para 1994 a la actora no se había informado de manera clara, suficiente y completa respecto de las características propias de cada uno de los regímenes, sus beneficios e inconvenientes ni la forma de acceder a los beneficios contenidos en cada uno de ellos, pues el formulario en mención, no suplía tal obligación y los aportes voluntarios que ella realizó tampoco eran indicios de estar informada con referencia a su traslado.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201900361-01 Dte: MARTHA INÉS RESTREPO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Señaló entonces que había lugar a declarar la ineficacia de dicho traslado ordenando a Porvenir S.A., a efectuar la remisión de los fondos depositados en la CAI de la actora hacia Colpensiones, junto con rendimientos y sin lugar a descontar ninguna suma por concepto de gastos de administración y a Colfondos S.A., trasladar los gastos de administración.

Declaró no probada la excepción de prescripción como quiera que la acción adelantada tenía ineludible relación con la construcción del derecho pensional y este era imprescriptible.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el grado jurisdiccional de consulta a favor de Colpensiones, se tiene que lo pretendido por la señora MARTHA INÉS RESTREPO, se circunscribe a la declaratoria de nulidad y/o ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Colfondos S.A., el 16 de septiembre de 1994, como se verifica de copia de dicha documental, allegada por la parte demandante y visible en expediente digital, no siendo objeto de reparo el traslado horizontal que realizara a Porvenir S.A., AFP a la que se encuentra afiliada.

Sobre el particular, habiendo sido declarada la ineficacia del acto de traslado, dicha figura ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201900361-01 Dte: MARTHA INÉS RESTREPO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos y contrario a lo señalado en sus alegaciones por Colpensiones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por Porvenir S.A. en sus alegaciones, ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Martha Restrepo, se le hubiera brindado la información en los términos antes señalados, siendo claro en esta oportunidad que no se le pusieron de presente todas las consecuencias del traslado a la demandante, lo que lleva a concluir que Colfondos S.A., fondo al que se trasladó la actora proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable; de lo que se concluye que dicho traslado no fue libre y voluntario.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201900361-01 Dte: MARTHA INÉS RESTREPO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”. (Negrilla fuera del texto original)

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por Porvenir S.A. en alegaciones, la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que correspondía probar el suministro de dicha información a la señora Martha Restrepo, desde la fecha en que este suscribió el formulario de afiliación al RPM, lo que en efecto no ocurrió para el caso bajo estudio.

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1994**, resulta forzoso



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201900361-01 Dte: MARTHA INÉS RESTREPO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información al respecto; circunstancia que impone **confirmar** la decisión bajo estudio.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que Colpensiones puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, aspecto en el que se adicionará la sentencia.

Sin costas en el grado jurisdiccional.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia consultada en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia consultada.

TERCERO: Sin costas en el grado jurisdiccional.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 26201900361-01 Dte: MARTHA INÉS RESTREPO Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

(En Comisión de Servicios)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES FUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 28-2017-398-03

ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA

DEMANDANTE: HÉCTOR PINZÓN CUÉLLAR

DEMANDADO: GLENCORE COMPANY – GLENCORE COLOMBIA S.A.S.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los Treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 28 de julio de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior, fueron remitidas dentro de este, alegaciones por ambas partes; la demandada, solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

El señor HÉCTOR PINZÓN CUÉLLAR por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE que existió sustitución patronal entre Glencore Company, representada legalmente en Colombia por Glencore Colombia S.A.S., y que sustituyó a Petrochad (Mangara) Limited, como su empleador, que se declare la existencia de una relación laboral entre él y Glencore Company entre el 4 de septiembre de 2012 al 26 de enero de 2015, peticiona se declare la ineficacia de la cláusula 17 del contrato de trabajo, que el salario pagado por el empleador durante la



vigencia de este, fue ordinario y no integral y que fue terminado sin justa causa por parte del empleador; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a la demandada a reconocer y pagar a su favor indemnización por despido prevista en el artículo 64 del CST, cesantías del régimen anual entre 2012 a 2014 y proporción de 2015, dejadas de cancelar a un fondo, intereses a la cesantías, prima legal, vacaciones por los mismos periodos, indemnización moratoria del artículo 65 del CST, interés a la cesantía doblado, indemnización prevista en el artículo 99 de la Ley 50 de 1990, aportes al sistema de seguridad social integral sobre el ingreso base correspondiente, bonificación extralegal denominada “paquete de separación”, e indexación.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que el 4 de septiembre de 2012, suscribió contrato de trabajo con la sociedad Petrochad Limited, para desempeñarse en el cargo de supervisor de perforación, que el 13 de junio de 2014, esa sociedad le informó que a partir del 1 de julio de 2014, su nuevo empleador sería Glencore Company, que el 26 de enero de 2015, esta última de forma unilateral y sin justa causa, dio por terminado el contrato de trabajo, que laboró de forma continua, personal, subordinada y remunerada al servicio de la demandada desde el 4 de septiembre de 2012 al 26 de enero de 2015, en el cargo señalado, prestación del servicio que se ejecutó en el país de Chad, a donde viajaba por espacio de 28 días y regresaba 28 días a Colombia, que devengaba un salario de USD\$13.750, hasta el 13 de junio de 2014, a partir del 1 de julio de dicha anualidad, fue de USD\$14.875.

Afirma que durante la vigencia de la relación laboral, percibía un pago anual denominado “compensación basada en resultados” equivalente al 25% del salario anual, el cual constituye base para efectos de cálculo de prestaciones e indemnizaciones, que en el contrato suscrito, se encuentra la cláusula No. 17 que indica que el mismo se regirá e interpretará de acuerdo con las leyes de la Provincia de Alberta, que la demandada no reconoció, liquidó ni pagó las cesantías del régimen anual correspondiente a los años 2012 a 2014 y la fracción de 2015, lo propio respecto de los intereses a la cesantía, prima de servicios, vacaciones, prestaciones sociales legales a la terminación del vínculo e indemnización por el tiempo laborado, que a la finalización de este, la demandada liquidó el “paquete de separación” tomando una base salarial inferior a la que correspondía, pues no tuvo en cuenta el rubro pagado por



“compensación basada en resultados”, que no efectuó aportes a una administradora de pensiones durante toda la relación laboral.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad GLENCORE COLOMBIA S.A.S., contestó la demanda señalando que esta sociedad, no ejercía representación en Colombia de GLENCORE COMPANY, se opuso a la totalidad de las pretensiones, indicando que el actor, nunca se había vinculado laboralmente con dicha sociedad; en cuanto a los hechos, negó los No. 4, 11 a 19 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de inexistencia de las obligaciones reclamadas, cobro de lo no debido, falta de título y causa en el demandante, pago, compensación, prescripción, buena fe, inexistencia de relación laboral, falta de legitimación en la causa por pasiva, falta de competencia, inexistencia de sustitución patronal.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, ABSOLVIÓ a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, sin condena en costas.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que en cuanto a la sustitución patronal alegada, esta estaba prevista en el artículo 67 del CST, que conforme la jurisprudencia proferida al respecto por la Sala de Casación laboral, entre otras en sentencia SL2182 de 2022, para que operara dicha figura debían concurrir 3 requisitos; el primero, el cambio de un patrono por otro, la continuidad de la empresa y la actividad o servicio del trabajador mediante el mismo contrato de trabajo; que la Corte, también había indicado que quien pretendiera la sustitución patronal, debía demostrar la continuidad de sus servicios con el empleador sustituto, que la pretensión tercera pretendía la declaratoria de ineficacia de la cláusula 17 del acuerdo aportado que se pretendía hacer valer como contrato de trabajo y que indicaba que el mismo se regiría de acuerdo con las leyes de la provincia de Alberta, además, la demandada había formulado como excepción la falta de competencia, invocado el artículo 2 del CST y lo señalado por la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral, la que igualmente había indicado que la legislación laboral aplicable es la del país en el que se desarrolló la relación laboral, salvo que sea inequívoca la continuidad de la subordinación desde Colombia, o que



las partes dispongan expresamente el sometimiento a la legislación colombiana.

Frente a ello, no era posible declarar probada la excepción de falta de competencia, pues en todo caso, la demandada se dirigía contra una persona jurídica cuyo domicilio era Bogotá, como lo era Glencore Colombia S.A.S., quien representaba legalmente a Glencore Company y por ello sin perjuicio del principio de *lex loci solutionis*, y conforme el artículo 5 del CPTSS, la jurisdicción laboral, era competente para conocer de las pretensiones.

Retomando lo referente al principio de territorialidad, desde sentencia 11243 de 2009, la Corte Suprema de Justicia, había considerado que los efectos del contrato de trabajo, debían regirse por la Ley donde se había cumplido la labor y las circunstancias particulares, eran las que determinaban si se daban los presupuestos para la aplicación del estatuto laboral colombiano, que para el caso del actor, el acuerdo de empleo de rotación que se intentaba hacer valor como contrato de trabajo, no probaba nada distinto a que las partes estipularon expresamente en la cláusula 17 que el mismo se regiría conforme las leyes de la provincia de Alberta, lo que quería decir que las mismas partes convinieron que no serían aplicables las disposiciones del CST colombiano, cláusula respecto de la cual, nada podía decirse de su ineficacia, al no regirse el acuerdo por la normatividad de este país, aunado a ello, el demandante como el testigo coincidían en afirmar que las funciones a favor de la demandada Glencore Company en su momento para Petrochad – Mangara Limited, siempre las desempeñaron en el país de Chad, en el continente Africano, agregando el actor que prestó sus servicios allí de manera ininterrumpida durante 28 días y que luego regresaba por periodo igual a Colombia para descansar e incluso todas las comunicaciones telefónicas cuando él estaba en Colombia, las recibía desde dicho país, por lo que si en un momento hubo visos de subordinación, esta no fue desde Colombia, luego conforme el artículo 2 del CST y las reglas jurisprudenciales, no era posible aplicar la legislación colombiana al caso bajo estudio, resultando inane el estudio de las demás pretensiones elevadas, pues para ello sería necesario aplicar la legislación interna, circunstancia que no era posible por las razones señaladas y aún cuando ello fuera posible, existía plena orfandad probatoria respecto de la sustitución patronal alegada, no lográndose probar tampoco la configuración de una relación laboral con la demandada Glencore Company, representada en Colombia por Glencore Colombia S.A.S., máxime cuando se



aportó comunicación que da cuenta que fue Petrochad – Mangara Limited y no esta última, la que comunicó al actor en el 2014, su empleo continuaría con Petrochad por virtud de transacción, cuyo contenido y alcance se desconocía.

CONSIDERACIONES

Sobre el particular, se tiene que la parte actora basa sus pretensiones en el acuerdo de empleo de rotación aportado con escrito de demanda y que fuera suscrito entre este y la sociedad Petrochad (Mangara) Limited, acuerdo que estipula con claridad en la cláusula 17 que el mismo se regiría e interpretaría de conformidad con las leyes de la provincia de Alberta.

Frente a lo anterior, observa la sala que como bien lo adujo la decisión de primer grado, no resulta procedente entrar a resolver lo peticionado por el actor a la luz de la normatividad laboral colombiana, cuando es claro en el asunto bajo estudio que las partes pactaron expresamente que el acuerdo suscrito entre ellas, se regiría por normatividad de otro país, en este caso, la provincia de Alberta; sobre el particular la Sala Laboral de la CSJ ha reiterado entre otras en sentencia SL4704 de 2021 M.P. Gerardo Botero, que dicho principio al que se denomina *lex loci solutionis*, tiene algunas excepciones, bajo las cuales se podría aplicar la normatividad colombiana cuando media la prestación de servicios en el exterior, así lo indicó en la providencia en comentario:

*Esa interpretación del juzgador realmente no es errada, dado que en virtud del principio de territorialidad previsto en el artículo 2° del CST, la Sala ha establecido como regla general, que la legislación laboral aplicable es la del país donde se desarrolló la relación laboral, **salvo que sea inequívoca la continuidad de la subordinación desde Colombia o que las mismas partes dispongan expresamente el sometimiento a la legislación colombiana durante ese lapso.** (Negrilla fuera del texto original)*

Sobre el particular, la sentencia SL1976-2018, rememoró lo esbozado en la sentencia CSJ SL9240-2017, que al analizar un caso de aplicación de la ley en el espacio, sostuvo:

Para dar respuesta al tema planteado por el recurrente, debe advertirse que esta Sala de la Corte, frente a la aplicación de la ley en el espacio, ha indicado que por regla general, y de conformidad a lo señalado en el artículo 2.° del Código Sustantivo del Trabajo, la legislación colombiana no aplica a servicios prestados en el exterior, siendo su excepción la inequívoca continuidad de la subordinación desde Colombia, o que las partes hubieran convenido al respecto, posición que se reitera nuevamente en esta oportunidad, en la medida que no se observan razones atendibles que conlleven a



variarla. (Negritas fuera de texto original). En efecto, en sentencia CSJ SL, 10 feb 2009, rad. 31301, que reiteró la sentencia CSJ SL, 28 jun 2001, rad 15468, se dijo:

De conformidad con lo anterior y como bien lo adujo la decisión de primer grado, en el presente asunto no se dan los presupuestos para que excepcionalmente se pueda abordar lo peticionado en aplicación de la normatividad laboral colombiana, ya que ninguna subordinación se configuró desde este país y por parte de la sociedad que contrató al actor y menos de la demandada, pues el mismo acuerdo aportado en su cláusula 12 señala con claridad que el actor prestaría sus servicios por 28 días en el país de Chad e inmediatamente tendría 28 días de **descanso** en los cuales pernoctaría en Colombia, dicha rotación de labores y descanso en este país fue corroborada por el actor en diligencia de interrogatorio de parte y por la testimonial vertida por el señor Jairo Tovar, el actor únicamente dio cuenta de algunas llamadas que recibía desde Chad, circunstancia que desvirtúa por completo existencia alguna de subordinación desde este país.

De otra parte, es claro que en el acuerdo suscrito no se pactó el sometimiento del mismo a la normatividad laboral Colombiana, pues se itera, se sometió a las leyes de Alberta, así las cosas, no es posible abordar el estudio de lo pretendido como lo solicita el actor también en alegaciones, pues las partes expresamente convinieron la aplicación de normatividad de otro país, razones suficiente para **confirmar** la decisión consultada.

Sin costas en el grado jurisdiccional.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional.



Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

(En Comisión de Servicios)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 28-2017-410-01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

DEMANDANTE: LAURA LORENA ACEVEDO MURCIA

DEMANDADO: INVERSIONES BICLA SAS al cual se encuentra matriculado al establecimiento de comercio KINDERGARDEN DREAM HOME.

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

DECISIÓN

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandante, contra la sentencia proferido por la Juez 28 Laboral del Circuito de Bogotá, el día veinticuatro (24) de agosto de dos mil veintidós (2022).

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de la parte demandante.

HECHOS

La señora **LAURA LORENA ACEVEDO MURCIA** a través de apoderado instauró demanda en contra de **INVERSIONES BICLA SAS “KINDERGARTEN DREAM HOME”**, para que mediante un proceso ordinario laboral se declare que entre las partes existió un contrato verbal entre el 21 de enero al 13 de junio de 2014, el cual terminó sin justa causa, estando la trabajadora incapacitada, incapacidad que iba hasta el 30 de junio de 2014. En consecuencia, solicita salarios prestaciones, vacaciones, indemnizaciones por despido y moratoria, indexación, extra y ultra petita y costas. (Expediente Digital).

Como fundamento de sus pretensiones y en síntesis, afirma el demandante que: *La demandante fue vinculada al Jardín Infantil DREAM HOME KINDERGARTEN a través de un contrato verbal desde el día veintiuno (21) de enero del año dos mil catorce (2014) recibía como remuneración mensual la suma de ochocientos mil pesos (\$800.000) y trabajaba en un horario de 8:00 am a 4:00 pm su horario de trabajo fue de 7:30 am a 1:30 pm, desde mayo de 2014, era docente de los grados Pre jardín y Jardín, que le quisieron hacer firmar un contrato de prestación de servicios, que siempre estuvo bajo la subordinación directa de los encargados del jardín, el salario fue entregado de manera quincenal durante los meses de Enero, Febrero y Marzo; posteriormente el dinero era consignado en una cuenta del Banco Caja Social, que en mayo de 2014 le disminuyeron el salario que la demandante se enfermó el doce (12) de junio del año dos mil catorce (2014) y estuvo incapacitada hasta el 30 de junio de 2014, que la señora IRMA VARGAS PRIETO, tuvo conocimiento directo del estado de salud de su trabajadora, como consta en la conversación WASAP, del día 12 de junio de 2014 y 13 del mismo mes y año, que no fue afiliada a seguridad social y tuvo que acudir a instituciones privadas, que estuvo 10 días hospitalizada lo que conoció el empleador, que no le pagaron los salarios, que el trece (13) de junio del año dos mil catorce (2014), le informan que se ha terminado la relación contractual, a partir de esa fecha es decir 13 de junio de 2014, que acudió al Ministerio de trabajo en donde se presentó un contrato que la demandante nunca suscribió...2*

La demandada contestó la demanda, oponiéndose a las pretensiones, afirmando que lo que se suscribió fue un contrato de prestación de servicios, que terminó por la ausencia de la contratista del 11 al 13 de junio de 2014. En ese orden dijo que las pretensiones carecen de fundamentos legales y, de hecho. Negó en su mayoría entonces los hechos y propuso las excepciones de prescripción, inexistencia del derecho y de la obligación, cobro de lo no debido, no configuración del derecho al pago de intereses moratorios, enriquecimiento sin causa, pago, temeridad y mala fe, abuso general del derecho, no se permite alegar la propia inmoralidad en el propio beneficio. (Expediente Digital).

Tramitada la primera instancia la juez 28 Laboral RESOLVIO:

“PRIMERO: DECLARAR la existencia de un contrato de trabajo a término fijo entre la demandante LAURA LORENA ACEVEDO MURCIA y la sociedad demandada INVERSIONES BICLA S.A.S., a la cual se encuentra matriculado el establecimiento de comercio KINDERGARDEN DREAM HOME, el cual estuvo vigente entre el 21 de enero hasta el 13 de junio de 2014, el cual terminó SIN JUSTA CAUSA por parte del empleador, conforme lo considerado en esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada a pagar a favor de la demandante las siguientes sumas y conceptos: - Por cesantías, la suma de \$ 293.333 - Por intereses a las cesantías \$ 12.906 - Por la sanción por el no pago de los intereses a las cesantías \$25.812 - Por Primas de servicios \$293.333 - Por vacaciones \$196.666 - Por indemnización por despido sin justa causa \$453.333

TERCERO: CONDENAR a la demandada al pago de los conceptos de intereses a las cesantías, sanción por el no pago de estos, vacaciones e indemnización por despido sin justa causa, de manera indexada desde la fecha de la presente sentencia y hasta que se verifique su pago.

CUARTO: CONDENAR a la demandada INVERSIONES BICLA S.A.S., a la cual se encuentra matriculado el establecimiento de comercio KINDERGARDEN DREAM HOME, a pagar el valor del cálculo actuarial a que haya lugar, a favor de la señora LAURA LORENA ACEVEDO MURCIA identificada con C.C. 1.020.723.653 correspondiente a los aportes al Sistema de Seguridad Social en Pensiones por el periodo comprendido entre el 21 de enero al 13 de junio de 2014, ante la

administradora de pensiones que determine la demandante, teniendo en cuenta para tales efectos como salario base de cotización la suma de \$800.000., conforme lo considerado en esta sentencia.

QUINTO: CONDENAR a la demandada a pagar a favor de la demandante el valor de la indemnización moratoria de que trata el artículo 65 del CST consistente en los intereses moratorios fijados a la tasa máxima de créditos de libre asignación certificados por la Superintendencia Financiera a partir de la terminación del vínculo laboral y hasta que se verifique el pago de las prestaciones insolutas, conforme lo considerado en esta sentencia.

SEXTO: ABSOLVER a la demandada de las demás pretensiones incoadas en su contra, conforme lo considerado en esta sentencia.

SEPTIMO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por la demandada, conforme lo considerado en esta sentencia

OCTAVO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de la parte demandada. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.500.000 a favor de la demandante....”

Para llegar a esa decisión afirmó en síntesis lo siguiente: *“...En primer lugar, sobre la existencia del contrato de trabajo que se pretende se declare conforme las previsiones del principio de la primacía de la realidad, debe indicarse que el artículo 53 de la Constitución Política lo establece como principio mínimo fundamental al interior de las relaciones laborales que establezcan los sujetos que intervengan en éstas, principio, que ha sido ampliamente desarrollado por la Sala de casación laboral, entre otras, en la sentencia SL 5042 del año 2020, oportunidad en la que se reiteró frente a este principio lo siguiente: "que las convenciones formales suscritas por las partes no pueden tener el alcance de pruebas definitivas de la naturaleza jurídica del vínculo, por el contrario, deben ser sopesadas y enfrentadas con las particularidades y realidades de la relación en punto de determinarse si el trabajador estaba sometido a la subordinación y dependencia, pese a que formalmente no era eso lo convenido"; en igual pronunciamiento jurisprudencial, recordó que, una vez acreditada la prestación personal del servicio, opera la presunción contenida en el artículo 24, del CST y que, por tanto, no debe verificar si la relación laboral se hizo bajo subordinación, sino que su labor se limita a indagarse que ella se desvirtuó, acotando la Corte en torno al principio de la realidad sobre las formalidades y lo que resulta importante a este, es que en el plano real y material, el trabajador ejerza una forma de trabajo autónomo e independiente, puesto que de lo contrario, si se verifica que estaba sometido a subordinación o dependencia, saldrá adelante la relación laboral; en concordancia con lo antes referido el principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, se materializa en el artículo 23 del CST, norma que concentra 3 condiciones a saber para que se constituya el contrato de trabajo, el primero, la actividad personal del trabajador, el segundo, la continuada dependencia del trabajador respecto del empleador y tercero, un salario como retribución del servicio y que no deja de ser un contrato de trabajo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen. Por su parte, el artículo 24 del mismo cuerpo normativo, establece la presunción de la existencia del contrato de trabajo, norma que ha sido desarrollada por la vía jurisprudencial laboral en el sentido que, acreditada la prestación personal de servicio, se presume la existencia de la subordinación laboral, por tanto, corresponde el empleador desvirtuarlas, demostrando que el trabajo se realizó de manera autónoma e independiente. Ha dicho reiteradamente la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral en cuanto a la libre formación del convencimiento en relación con el principio de la sana crítica que ello implica que el juez debe fundar su decisión en aquellos elementos probatorios que le merecen mayor persuasión o credibilidad que le permiten hallar la verdad real, siempre y cuando las inferencias sean lógicas y razonables, se relaciona al respecto la sentencia SL 1222 de 2022. En este caso, de acuerdo con el artículo 24 del CST, se encuentra aceptado por la parte demandada, tanto en la contestación de la acción como por la misma representante legal de la encartada, la señora Irma Vargas, que la demandante prestaba sus servicios de manera personal a favor del jardín involucrado,*

siendo entonces aceptado que la presunción de la existencia del vínculo laboral puede deducirse tanto de lo informado por la accionada, contestar la demanda o al absolver el interrogatorio de parte, además del contenido de los documentos aportados, que formalmente muestran un contrato de otra naturaleza, como sucede en el presente asunto con el contrato de prestación de servicios sin firma que aportara la demandante y que reposan en folios de 9 al 12, el que fue objeto de contradicción mediante el incidente de tacha de falsedad aportada por el demandado y que reposan folios de 176 al 179 del plenario, es decir que se encuentran reunidos los presupuestos para que se active la presunción sobre la existencia de la subordinación laboral y por tanto, le corresponde al empleador desvirtuarla demostrando que se realizó de manera autónoma e independiente, para tales efectos debe tenerse en cuenta lo manifestado por el representante legal de la sociedad demandada al absolver el interrogatorio que manifestó que el establecimiento Kínder Garden presta sus servicios entre las 5 de la mañana y las 6 de la tarde dividido en tres jornadas hasta las 12am, 3 de la tarde y otra hasta las 6 de la tarde, respecto de las funciones contratadas con la demandante, aclaró que ella ingresó como practicante porque para ese momento no era profesional y fue vinculada para hacer una planeación y trabajar con los niños, sobre el salario para ese momento no era fijo, era 700 a 800 mil pesos, que quincenalmente se realizaba esa planeación, que no recuerda si era a la coordinadora académica o a la representante legal directamente ante quien debería presentar la planeación, aceptó que la empleadora directa de la demandante era ella, que la señora Acevedo no tenía un horario fijo establecido al estar contratada por prestación de servicios, pero que según lo que había acordado con ella, esta debía asistir en las mañanas. Ahora bien, en la labor del empleador para desvirtuar la presunción contenida en el artículo 24 del CST, dirigida a demostrar que las actividades desempeñadas por la demandante fueron guiadas con autonomía e independencia, se advierte que la actividad del juez se limita simplemente a verificar si en efecto tal presunción se logra desvirtuar o no, sin que le sea permitido indagar si la relación laboral se hizo bajo subordinación independientemente y sin perjuicio de los efectos de la subordinación jurídica como elemento diferenciador entre el contrato de trabajo de prestación de servicios; pues bien, conforme a lo anterior desde ya considera el despacho que en este asunto la presunción de la existencia del contrato de trabajo no logró ser derruida, ya que de los elementos probatorios allegados al proceso y analizados en conjunto no es posible concluir una situación distinta a que la demandante lejos estaba de cumplir sus funciones establecidas con autonomía e independencia, la conclusión a la que arriba prematuramente el despacho se justifica por ejemplo en que no se entiende como si la demandada pretende hacer valer los aspectos jurídicos de un contrato de prestación de servicios con la hoy demandante es que llega junto con la contestación de la acción, planillas de control de horarios de los que se observa que la trabajadora en ocasiones ingresaba entre las 7:25 am, con horario de salida entre las 11:30 am, 1:35 pm, 3 y 4 de la tarde, como aparece en los folios del 83 al 85 del plenario, de dicha asistencia registrada por la actora, no se demuestra que la misma tuviera una connotación temporal o que estuviera relacionada con una actividad administrativa o específica y en su lugar, se muestra como parte de la cotidianidad de las funciones a realizar por la demandante, situación que aleja el vínculo contractual entre las partes respecto de un contrato de prestación de servicios y en su lugar la acercan a uno de carácter laboral, aunado a lo anterior téngase en cuenta que la representante de la parte demandada aceptó que ella era le jefe directa de la demandante y que esta percibía por concepto de salario la suma que no estaba segura si eran 700 o 800 mil pesos, manifestaciones que no se esperan si se tiene en cuenta la posición de esta la demanda, simplemente bajo el argumento de la existencia de un contrato de prestación de servicios, sumado a los medios probatorios referidos a folio 24 del plenario, horario de trabajo asignado a la demandante, con sello húmedo que la demandada en momento alguno desvirtuó su validez, en donde aparece que la señora Laura Acevedo tenía funciones de jardín y pre jardín entre las 7:30 am a 1:30 de la tarde, de 12:00 pm a 12 y 45, planeación más viernes temático, más clase inglés y música de 12 y 45 a 1:30 pm, agenda de hábitos de salida. Es decir, que lejos estaba la demandante de una planeación autónoma e independiente y, por el contrario, estaba sujeta al árbitro de la

demandada. En ese punto, llama la atención que a folios del 27 al 30 del plenario aparece un documento suscrito por la directora Administrativa y directora académica del jardín dream home, en donde se identifica el cargo, el objeto y el perfil de este y responsabilidades, información de la que se extrae en lo que interesa esta decisión, que la denominación del cargo era de titular de nivel que el jefe inmediato, no se dice nada del supervisor del contrato, era el líder de procesos de formación y que junto al actora habían dos personas más en el mismo cargo; asimismo, bajo el supuesto que la prestación de servicios profesionales tiene como fin el cumplimiento de actividades no misionales de una organización, sino que su necesidad se concreta en el cumplimiento de funciones específicas y/o especializadas, que aquella no contempla dentro de su objeto social, es por lo que en este caso, no se entiende por qué el objeto del cargo de titular de nivel, se circunscribe al manejo, supervisión y control de su grupo a cargo, realiza el plan de aula del grupo asignado y lo desarrolla a través de procesos pedagógicos y de su programación semanal, se acuerda con el proyecto pedagógico de la institución, es decir, que de su redacción no es posible inferir nada distinto a que la prestación del mismo responde a una naturaleza permanente y constante, de allí las diferentes constancias que se encuentran en el plenario sobre el cumplimiento de horarios por parte de la demandante.

Decantada la existencia del contrato de trabajo no sobra recordar sobre el elemento del salario como retribución del servicio, que, en este caso, además de ser posible, acreditar su valor que ascendió a la suma de \$800.000, tales dineros no lo recibía la demandante a título de honorarios, sino que correspondían a salario; valga recordar de igual manera el criterio reiterado por nuestra Sala de casación laboral se relaciona, entre otras, la sentencia SL 2756 de este año 2022, que, en virtud del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, la presunción del vínculo laboral no se desvirtúa por el hecho de que el trabajador haya prestado su consentimiento para suscribir un contrato de prestación de servicios como ocurrió en este caso, ya que la parte débil según la Corte, en muchas ocasiones se puede ver obligado por la necesidad de obtener una fuente de ingresos, a aceptar condiciones alejadas de las que en escrito rigor se presenta. Teniendo en cuenta lo anterior, el contrato de prestación de servicios que en su momento pretendió hacer valer la parte demandada, independientemente si la firma corresponde o no a la del aquí demandante, con todo, no resulta idóneo ni conducente para derruir la presunción de la existencia del vínculo laboral entre las partes, siendo oportuno recordar que el contrato de trabajo no deja de serlo simplemente por el nombre que se le dé al documento que de manera formal que suscriban las partes, de allí la importancia del principio de la primacía de la realidad sobre las formalidades, como sucede en ese caso en el que se logra probar la relación entre la actora y la sociedad convocada; en cuanto a los extremos temporales del contrato de trabajo, considera el despacho que los mismos deben determinarse al tiempo con el análisis sobre la terminación del vínculo laboral, esto es, si el mismo terminó o no con justa causa; es así que, frente a la manifestación de la parte actora, en el sentido que el contrato de trabajo inició el 21 de enero de 2014, la demandada no se opone a ello y por el contrario, acepta que fue a partir de esa data que empezó la ejecución del supuesto contrato de prestación de servicios, por consiguiente, sin mayor dificultad, hay lugar a declarar que la fecha inicial del contrato de trabajo corresponde al 21 de enero del año 2014 y así se declarará en la parte resolutive de esta sentencia. Respecto a la finalización del vínculo, la demandante aduce que lo fue el 25 de junio del año 2014, que ese día recibió una comunicación con fecha 13 de igual mes y año por parte de la demandada, mediante la cual se le informó que la relación contractual terminaba a partir de ese día, por su parte, la pasiva a contestar el hecho 17 de la demanda refirió que la decisión tuvo lugar tras el incumplimiento de las obligaciones contractuales de la señora Laura Acevedo y la inasistencia al puesto de trabajo desde el día 11 de junio de 2014 y que por eso se le remitió a la actora el día 13 de junio de 2014 su decisión de prescindir de sus servicios, o lo que entiende el despacho que la convocada subsidio el despido en una justa causa, bajo tal entendido, debe recordarse la regla jurisprudencial en el sentido que la terminación del contrato de trabajo, por justa causa, le corresponde al trabajador demostrar el despido y al empleador la justa causa invocada para la terminación del vínculo laboral; ahora bien,

sobre la demostración del despido, es claro que el mismo se logra probar, puesto que así lo manifestó la demandada y en tal orden de ideas, el empleador le restaría probar la justa causa invocada al momento de terminar el contrato de trabajo; sin embargo, las razones que se expusieron no concuerdan con las que intentó justificar el despido al contestar la demanda, es así que en la comunicación del 13 de junio de 2014 visible a folio 13 del plenario y dirigida a la demandante, suscrita porque cumple allí como directora de jardín Dream Home, se expuso que la terminación del contrato de prestación de servicios tuvo lugar por la terminación de la obra o labor del contrato, ya que los niños a cargo de la actora terminaban su año lectivo en el mes del año en curso; en contraste con las anteriores razones, al contestar el hecho 17 de la demanda, la pasiva dijo motivos muy distintos a los que se dieron en la carta de terminación del contrato, como son el incumplimiento de las obligaciones contractuales y la inasistencia de la actora al puesto de trabajo desde el día 11 de junio de 2014, así las cosas, aparte de las inconsistencias que se presenta en la comunicación del 13 de junio de 2014 y lo referido en la contestación del libelo salta a la vista la referida en cuanto a que si para la pasiva lo que rigió la relación contractual con la demandante, lo que en virtud de un contrato de prestación de servicios no se entiende, entonces el por qué se invoca como justa causa la terminación de la labor de la obra o labor, figura que es propia de los contratos de trabajo y que lo regula el artículo 61 del CST modificado por el Decreto 2351 de 1965 y la Ley 50 de 1990, aunado a lo anterior, se expuso como justa causa la terminación del año lectivo de los niños a cargo de la demandante, circunstancia que no concuerda con el objeto del cargo y que se recuerda a folio 27, se observa que correspondía al manejo, supervisión y control de su grupo a cargo realizar el plan de aula del grupo asignado y desarrollarlo a través de procesos pedagógicos y de su programación semanal y menos si la misma representante legal dentro del interrogatorio de parte adujo que la actora aun no era profesional, a pesar de que en el contrato de prestación de servicios, se indicó en la cláusula primera que era vinculada como docente de nivel, en gracia a discusión aún si las labores de la demandante estuvieran concentradas únicamente en la docencia, **lo cierto es que de acuerdo al artículo 101 del CST, el contrato de trabajo con los profesores de establecimientos particulares de enseñanza, se entiende celebrado por el año escolar, norma que ha sido desarrollada por la jurisprudencia laboral en el sentido que el contrato de trabajo de los docentes se sujeta a la duración contractual de la precitada norma, sin que requiera forma escrita, eso sí, salvaguardando la voluntad de las partes de acogerse expresamente a la misma o celebrarlo por periodos distintos, como ocurrió en este caso, en que, sin importar la naturaleza del vínculo contractual, lo cierto es que las partes consintieron que su relación iría hasta el 30 de junio de 2014. Lo anterior quiere decir que, en efecto, la terminación del contrato de trabajo, si lo fue sin justa causa y que ello tuvo lugar el día 13 de junio del año 2014, data que se declarará como extremo final del contrato de trabajo, aquí declarado a pesar que el mismo se había pactado hasta el día 30 de igual mes y año, lo que conlleva a determinar que la duración era término fijo; por consiguiente, la correspondiente indemnización por la cual será condenada a la demandada a pagarle a la demandante, corresponde a la suma de \$453.333, equivalente a 17 días de salario, para finalizar este punto se advierte que las razones que entregó la demandada en la contestación de la demanda para finalizar el contrato de trabajo no pueden ser tenidas en cuenta como quiera que no es posible invocar con posterioridad motivos distintos a los aludidos al momento de la terminación del vínculo contractual.**

Definido lo anterior, pasa el despacho a resolver las demás pretensiones de la demanda, esto es, sobre el derecho al pago de las cesantías, intereses a las cesantías, la sanción por el no pago de los intereses a las cesantías, las primas de servicios y vacaciones correspondiente a toda la vigencia de la relación laboral, peticiones las que la demandada se opuso al insistir en la existencia de un contrato de prestación de servicios, por lo que sin mayor esfuerzo se concluye que no se le pagó ninguno de los derechos laborales reclamados en el libelo genitor, en tal orden de ideas, se condenará a la demandada a pagarle a la demandada las siguientes

sumas y por los siguientes conceptos: por concepto de cesantías, \$293.333, intereses a la cesantía, \$12.906, como sanción por el no pago de los intereses a la cesantía \$25.812, por prima de servicios \$293.333 y por vacaciones 446.666, en cuanto a lo manifestado por la demandante, en el sentido que no le pagaron los salarios completos de los meses de mayo y junio del año 2014, al revisar las pruebas aportadas por la encartada que se observan en los folios 105, 109 y 113, se observa que sí le pagaron mediante transferencia bancaria ante el Banco Caja Social, tanto las dos quincenas por valor de \$400.000 cada una, como los días laborados en el mes de junio del correspondiente año y por consiguiente no hay lugar a imponer condena respecto a esa pretensión.

Por otro lado, el despacho entiende frente a la pretensión referida de indemnización por terminación unilateral del contrato en estado de incapacidad y enfermedad, manifiesta que la misma corresponde a la establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, en virtud de la cual las personas en situación de discapacidad, no pueden ser discriminadas al momento de su contratación o despido; al respecto, la jurisprudencia constitucional ha señalado que la estabilidad laboral reforzada se predica de toda persona que presente una afectación en su estado de salud que le impida o dificulte sustancialmente el desempeño de sus labores y en condiciones regulares, toda vez que esta situación particular, puede considerarse como una circunstancia que genera debilidad manifiesta; en consecuencia, el trabajador puede verse discriminada por ese solo hecho, lo anterior, con independencia de la vinculación o de la relación laboral, implica lo anterior que afectos de dar por terminado el vínculo de trabajo de una persona que cuente con estabilidad laboral reforzada, es necesario contar con la autorización de la oficina del trabajo, pues de no ser así, dicho acto jurídico resulta ineficaz, se refiere la sentencia de unificación 049 del año 2017 de nuestra Corte Constitucional, también debo señalar que la Sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 679 del año 2021, señaló que el empleador no está obligado a obtener la autorización del Ministerio para dar por terminado unilateralmente el contrato laboral cuando esa determinación tenga fundamento en la configuración de una razón objetiva como lo es una justa causa de despido, esa misma corporación tiene establecido que dicha protección tiene como finalidad disuadir los despidos discriminatorios fundados en el prejuicio, estigma o estereotipo de la discapacidad del trabajador, de modo que es legítima la terminación unilateral del contrato de trabajo por parte del empleador que no obedezca a la situación de discapacidad del empleado, sino a una razón objetiva. La jurisprudencia también ha indicado que, si en un proceso laboral el trabajador demuestra su situación de discapacidad, el despido se presume discriminatorio, lo que impone al empleador la carga de mostrar las justas causas alegadas, so pena que su decisión de terminar el contrato de trabajo se declara ineficaz y se ordena el reintegro del trabajador junto con el pago de los salarios y prestaciones insolutas, a la sanción de los 180 días de salario.

Conforme lo anterior, desde ya advierte el despacho que indemnización pretendida no resulta procedente, ya que para ello, por lo menos en el presente caso, se debió acreditar previamente que había sido de la voluntad de la demandada la terminación de la relación laboral con la actora por razones discriminatorias relacionadas con el estado de incapacidad física de la demandante para desempeñar su trabajo porque con ocasión a esa deficiencia ya no era útil o necesaria para la convocada, pero en todo caso sobre el particular, la jurisprudencia laboral de la Corte Suprema de Justicia ha reiterado que para la activación de la protección de estabilidad laboral reforzada se requiere que el trabajador esté en situación de discapacidad puesto que de lo contrario, será inútil el estudio sobre las razones que llevaron a dar por terminado el vínculo laboral, aquí se refiere la sentencia SL 1404 del año 2021. En este punto, el despacho no pierde de vista que aunque en la demanda se aduce que la demandante enfermó el día 12 de junio de 2014 y que por ello fue que estuvo incapacitada y hospitalizada hasta el 30 del mismo mes y año, además de que la señora Irma Vargas Prieto tuvo conocimiento del estado de salud de la promotora del litigio conforme las comunicaciones vía Whatsapp el 12 de junio, lo

cierto es que conforme lo que se observa en las pruebas aportadas al plenario, es posible concluir que; primero no se logra establecer que la actora hubiese estado hospitalizada, puesto que lo que se acredita es que fue incapacitada entre los días entre 12 y el 30 de junio de 2014 por parte del Centro médico odontológico Río Negro folio 15, por la Cruz Roja colombiana en el folio 16 y posteriormente por la Clínica Palermo, a folio 18 y segundo; que el presunto episodio de hospitalización y de las incapacidades médicas referidas se haya comunicado en tal sentido la empleadora, por ende, es incierto si la convocada tuvo conocimiento de su estado de salud a partir del 14 de junio de 2014, puesto que lo que refiere la conversación vía Whatsapp en los días 12 y 13 de junio, visibles a folios 14, no van más allá que la trabajadora la incapacitaron 2 días y por lo tanto, no es posible determinar que tales circunstancias estuvieron relacionadas con una presunta discriminación que redundará en la terminación del vínculo contractual por lo que se absolverá a la pasiva de esta indemnización solicitada.

En cuanto a los aportes al sistema de Seguridad Social en pensiones, se concluyen las mismas razones que permitieron la prosperidad de las peticiones encaminadas al reconocimiento de las prestaciones sociales, y es por ello que se condenará a la demandada al pago del valor del cálculo actuarial a que haya lugar a favor de la demandante la señora Laura Lorena Acevedo Murcia, que se identifica con la Cédula de ciudadanía, 1020723653, correspondiente a los aportes al sistema de Seguridad Social en pensiones para el periodo comprendido entre el 21 de enero y el 13 de junio del año 2014 ante la administradora de fondos de pensiones que determine la demandante, teniendo en cuenta para tales efectos como salario base de cotización la suma de \$800.000. Por último, sobre la indemnización, moratoria contenida en el artículo 65 del CST, esta señala que, si a la finalización del contrato, el empleador no paga al trabajador los salarios y prestaciones sociales debidas, pagará a este como indemnización una suma igual al último salario diario por cada día de retardo hasta por 24 meses y a partir del mes 25 se reconocerán intereses moratorios, además, dicha indemnización no es de aplicación automática y por lo tanto, en cada caso es necesario analizar que la conducta del empleador estuvo o no asistida de buena fe, incluso cuando éste no aporta razones satisfactorias y justificativas de su conducta anterior como quiera que no hay reglas absolutas que objetivamente la determinen, para el presente caso no hay duda que la conducta de la parte demandada no estuvo asistida de buena fe, ya que tal como lo ha reiterado nuestra sala de casación laboral, se relaciona la sentencia SL 2501 del año 2022, la sola presencia de contratos de prestación de servicios no es suficiente para tener por probada la buena fe del empleador, en consecuencia, se impondrá condena en contra de la convocada por esta sanción, en cuanto a lo debido por la sanción moratoria téngase en cuenta que la demanda fue presentada el día 31 de mayo de 2017 conforme al acta de reparto que milita a folio 35 de las diligencias, es decir, transcurridos más de 24 meses o 2 años después de terminado el contrato de trabajo y por tanto conforme lo reiterado por nuestra Sala de casación laboral sentencia SL 2111 de este año 2022 para el efecto que tiene que sea la terminación del contrato ocurrió después de la entrada en vigencia de la ley 789 de 2012 y si transcurrido 24 meses el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria, el empleador deberá pagar intereses moratorios a partir de la misma terminación del vínculo hasta cuando se verifique el pago y en este sentido se habrá de condenar a la parte demandada. Asimismo, se condenará a la demandada para que el momento del pago de los conceptos de intereses a las cesantías, la sanción por el no pago de estos, las vacaciones e indemnización por despido sin justa causa sea de manera indexada desde la fecha de la presente sentencia de este momento en que se verifique correspondiente pago por no encontrarse estas acreencias inmersas en la sanción o en los intereses moratorios contenidos en el artículo 65 del Código sustantivo del trabajo.....”

Inconforme con esta decisión el apoderado de la parte actora, interpuso recurso así: “..En este sentido, presento recurso apelación parcial y el único

punto es respecto a la no concesión de los 180 días a que se refiere la norma por despido en estado de indefensión y es que, precisamente dentro de la terminación del contrato la misma parte y en lo que se en el proceso, se ha indicado que la señora misma dio la terminación del contrato en razón al incumplimiento, dice ella en respuesta al hecho 17, al incumplimiento y a la no presentación de la demandante, al puesto de trabajo; lo que quiere decir y estando indicándosele el conocimiento del estado de indefensión y de la situación que ella sí se encontraba incapacitada y sí se encontraba hospitalizada desde el 16 de junio como aparecen las pruebas adjuntas al proceso, luego sí existe la situación específica, que si bien la demandada no expresa que es por razón a que está incapacitada o que es por eso, o que muestre que es una persecución en ese sentido, si lo es, que indica que no se presentó a laborar y hubo abandono del trabajo, luego si ella manifiesta que hubo abandono es porque considera que no se presentó a trabajar, pero no tiene en cuenta las incapacidades y lo mismo que la Hospitalización que sucedió, luego no debió haberla despedido, sino esperar por lo menos a que se cumpliera y fueran levantadas sus restricciones y saliera de la hospitalización, que fue a finales del mes de junio; lo mismo sucede con la Carta que si bien es cierto, presenta fecha 13 de junio, se ha indicado y así quedó demostrado que no llegó el mismo 13 de junio, sino tiempo posterior, en ese sentido tampoco estaría de acuerdo en que no se fijara porque fuera razón suficiente que, por ser docente tendría que terminarse el mes de junio, teniendo en cuenta que no se sabe qué término tenía ese contrato, no olvidemos, señora juez, que los jardines no tienen la misma determinación de tiempos que tendría un Colegio X que tiene un término de vacaciones de mitad de año, siendo que a los jardines, precisamente por ser vacaciones de mitad de año los padres no tienen quien los cuide y precisamente utilizan los jardines para ese fin, luego esta conclusión o similitud a la cual refiere el despacho, no tiene para nosotros razón, en ese sentido, por lo que también estaría apelando en ese punto específico. **Entonces, en conclusión, no estoy de acuerdo en la no concesión de los 180 días como indemnización por despido en estado de indefensión, lo mismo que no estoy de acuerdo en la fecha de finalización del contrato por cuanto no se puede llegar a esa conclusión simplemente por asemejarlo a una terminación o a un periodo de vacaciones de los colegios, siendo que este es un jardín de niños y nada dice ni nada se soporta que estuviese terminado para el 30, por cuanto igual ese contrato que se adjuntó no tuvo ninguna validez, en el sentido que las partes no lo firmaron así ella lo haya adjuntado, firmado por ella y otra persona, que no corresponde a la firma de la demandante, esa no fue la relación, ni puede ser la determinación concreta de que es el contrato o que se rigió, para el hecho de tomar como extremo final el 30 de junio para que la moratoria o la indemnización por despido injusto sea por 17 días, no más, sino que se debe tomar como un término indefinido el contrato.**

CONSIDERACIONES

En cumplimiento de lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la SS la Sala estudiara el recurso, en dos puntos: i) indemnización de la Ley 361 de 1997 y ii) indemnización equivalente a un contrato a término indefinido.

De la indemnización consagrada en la Ley 361 de 1997

Desde ya la Sala advierte que confirmará la sentencia en este aspecto. Veamos las razones.

La jurisprudencia se ha encargado ampliamente de este tema de estabilidad laboral reforzada, siendo la sentencia la **SL1154 RAD 93093 DE MAYO 10 DE 2023 MP MARJORIE ZUÑIGA ROMERO**, la más reciente.

En esa providencia la Corte señaló en relación con el alcance del artículo 26 de la Ley 361 de 1997 a la luz de la Convención sobre los derechos de las personas en situación de discapacidad lo siguiente:

“(…)

*De acuerdo con lo expuesto, para la aplicación de la protección de estabilidad laboral reforzada establecida en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, **la Sala considera que la discapacidad** se configura cuando concurren los siguientes elementos:*

- (i) La deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, a mediano y largo plazo.*
- (ii) La existencia de barreras que puedan impedir al trabajador que sufre la deficiencia el ejercicio efectivo de su labor, en igualdad de condiciones con los demás.*

*En cuanto a las barreras, el artículo 2.5 de la Ley 1618 de 2013 señala que son «cualquier tipo de obstáculo que impida el ejercicio efectivo de los derechos de las personas con algún tipo de discapacidad». **La Sala destaca que el término discapacidad empleado en este precepto debe entenderse como «algún tipo de deficiencia a mediano y largo plazo».***

Dicha disposición, sin pretender realizar un listado exhaustivo, señala que las barreras pueden ser:

- a) Actitudinales: Aquellas conductas, palabras, frases, sentimientos, preconcepciones, estigmas, que impiden u obstaculizan el acceso en condiciones de igualdad de las personas con y/o en situación de discapacidad a los espacios, objetos, servicios y en general a las posibilidades que ofrece la sociedad;*
- b) Comunicativas: Aquellos obstáculos que impiden o dificultan el acceso a la información, a la consulta, al conocimiento y en general, el desarrollo en condiciones de igualdad del proceso comunicativo de las personas con discapacidad a través de cualquier medio o modo de comunicación, incluidas las dificultades en la interacción comunicativa de las personas.*
- c) Físicas: Aquellos obstáculos materiales, tangibles o contruidos que impiden o dificultan el acceso y el uso de espacios, objetos y servicios de carácter público y privado, en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad.*

Al respecto, debe destacarse que en el ámbito laboral, el trabajador tiene el derecho a que esas barreras comunicadas o conocidas por el empleador, sean mitigadas mediante los ajustes razonables en el trabajo que, según los define la convención en el artículo 2, consisten en:

[...] las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

“(….)

En suma, la protección de estabilidad laboral reforzada que refiere el artículo 26 de la Ley 361 de 1997, a la luz de la convención analizada, se determina conforme a los siguientes parámetros objetivos:

a) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial a mediano y largo plazo. Entiéndase por deficiencia, conforme a la CIF, «los problemas en las funciones o estructuras corporales tales como una desviación significativa o una pérdida». Por tanto, no cualquier contingencia de salud por sí misma puede ser considerada como discapacidad.

b) La existencia de una barrera para el trabajador de tipo actitudinal, social, cultural o económico, entre otras, que, al interactuar con el entorno laboral, le impiden ejercer efectivamente su labor en condiciones de igualdad con los demás;

c) Que estos elementos sean conocidos por el empleador al momento del despido, a menos que sean notorios para el caso.

Lo anterior puede acreditarse mediante cualquier medio probatorio, atendiendo al principio de necesidad de la prueba y sin perjuicio de que, para efectos de dar por probados los hechos constitutivos de la discapacidad y los ajustes razonables, de acuerdo con los artículos 51 y 54 del Código Procesal del Trabajo y de la Seguridad Social, el juez oficiosamente decrete y practique los medios de convicción que estime pertinentes en búsqueda de la verdad real por encima de la meramente formal.

En el anterior contexto, la determinación de una situación de discapacidad analizada al amparo de la convención no depende de un factor numérico, pues mirarlo así sería mantener una visión que se enfoca en la persona y sus limitaciones. El baremo establecido en el manual de calificación de pérdida de capacidad laboral tiene vocación de ser aplicado en los campos de la seguridad social, para fines principales de aseguramiento, rehabilitación y prestacionales.

“(….)

Y reitera:

Así, a juicio de la Sala, sin que esto implique un estándar probatorio, sí es conveniente anotar que al momento de evaluar la situación de discapacidad que conlleva a la protección de estabilidad laboral reforzada, es necesario establecer, por lo menos, tres aspectos:

(i) La existencia de una deficiencia física, mental, intelectual o sensorial, una limitación o discapacidad de mediano o largo plazo -factor humano-;

(ii) El análisis del cargo, sus funciones, requerimientos, exigencias, el entorno laboral y actitudinal específico -factor contextual-; y

(iii) La contrastación e interacción entre estos dos factores -interacción de la deficiencia o limitación con el entorno laboral-.

Si del análisis referido se concluye que el trabajador está en situación de discapacidad y la terminación del vínculo laboral no se funda en una causa objetiva o justa, tal decisión se considera discriminatoria y, por ello, es preciso declarar su ineficacia, acompañada de la orden de reintegro y el pago de salarios y demás emolumentos respectivos, junto con los ajustes razonables que se requieran y la indemnización contemplada en el artículo 26 de la Ley 361 de 1997.

“(…)

Por último, la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, en su función de unificación de la jurisprudencia, se aparta de las interpretaciones que consideran que el artículo 26 de la Ley 361 de 1997 aplica para personas que sufren contingencias o alteraciones momentáneas de salud o que padecen patologías temporales, transitorias o de corta duración toda vez que, conforme se explicó, la Convención y la ley estatutaria previeron tal protección únicamente para aquellas deficiencias de mediano y largo plazo que al interactuar con barreras de tipo laboral impiden su participación plena y efectiva en igualdad de condiciones con los demás. Aquí, vale precisar que las diferentes afectaciones de salud per se no son una discapacidad, pues solo podrían valorarse para efectos de dicha garantía si se cumplen las mencionadas características....”

Claro entonces resulta, que si bien la Corte aclara que la discapacidad no depende de un factor numérico, destacando que los porcentajes que se utilizaban para la identificación de la discapacidad; previstos en el artículo 7 del Decreto 2463 de 2001 solo son compatibles para casos ocurridos antes de la entrada en vigor de la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, el 10 de junio de 2011 para deficiencias de largo plazo y el 7 de febrero de 2013 para las de mediano y largo plazo conforme a la Ley estatutaria 1618 de ese año: **también lo es que definitivamente y así lo expresa; no puede confundirse la discapacidad con contingencias momentáneas de salud o patologías temporales.**

Esta Sala lo ha venido expresando antes de este pronunciamiento que como bien dice la Corte se hace en su función de unificación de la jurisprudencia; que no desconoce que la Corte Constitucional; también se se ha referido a una especial protección para aquellas personas que por su condición económica, física o mental se encuentran en circunstancias de debilidad manifiesta (art 13 CP); pero también resulta claro que ello no aplicaría en este caso, toda vez **que no toda persona con una incapacidad médica, o en tratamiento, o con un posible diagnóstico, se encuentra en dichas condiciones, por algo las incapacidades son limitadas en el tiempo, pues en este, se espera la recuperación ya que de no obtenerla se transformará su condición en ese caso sí, a una persona con limitación permanente, minusválida o discapacitada a la cual el Estado debe proteger especialmente.**

Y decimos como en este caso; pues lo único en verdad realmente acreditado, es una incapacidad temporal, ni siquiera la hospitalización que se sostuvo, luego como aclaró la Corte, no es ello lo que da lugar a la estabilidad laboral reforzada, menos aún que la demandada hubiese conocido, tal estado; ya que la conversación de whatsapp solo da cuenta de dos días, no del presunto estado patológico prolongado en el tiempo; tal y como acertadamente encontró la Juez.

Por tanto, contrario a lo indicado por la parte demandante en sus alegaciones, al no existir la protección, no hay lugar ordenar el pago de 180 días que consagra la Ley 361 de 1997

De la indemnización por despido

Cuestiona la recurrente la cuantía de la indemnización ya que dice el contrato fue a término indefinido. Antes de resolver la Sala hará algunas precisiones.

El artículo 101 del CST regula lo concerniente **al contrato de trabajo con profesores DE ESTABLECIMIENTOS PARTICULARES DE ENSEÑANZA**, como en el caso que nos ocupa lo siguiente:

ARTICULO 101. DURACION DEL CONTRATO DE TRABAJO. <Aparte tachado INEXEQUIBLE> El contrato de trabajo con los profesores de establecimientos particulares de enseñanza se entiende celebrado por el año escolar, salvo estipulación ~~por tiempo menor~~.

El aparte tachado fue declarado inexecutable por la Corte Constitucional en sentencia C 483 del 30 de octubre de 1995.

En ese orden esta norma; solo ante falta de pacto, entiende o presume que el contrato con estos docentes es por el año escolar.

En consecuencia, en este caso se equivocó la Juez pues por un lado determinó que había un contrato de trabajo realidad; desde luego en esta modalidad, pues no hay duda era una docente de colegio privado, pero señaló que era a término fijo de enero a junio de 2014, ignorando que si no hay pacto se entiende celebrado por el año escolar. Y definitivamente no hubo pacto, pues el contrato de prestación de servicios **no existió**, no puede determinarse ello, pero si acudir a él para determinar la modalidad en cuanto a su duración; ni el salario ni otros aspectos que surgen de la realidad y aclarando que en cuanto al salario esta Sala no puede pronunciarse al ser el demandante el único apelante.

En consecuencia, se **REVOCARÁ** el numeral primero de la sentencia apelada para en su lugar **DECLARAR** que existió un contrato de trabajo desde el 21 de enero de 2014; que se entiende celebrado por el año escolar y el cual finalizó sin justa causa el 13 de junio de ese mismo año.

De otra parte, se modificará, el numeral segundo de la sentencia apelada en cuanto a la cifra a pagar por indemnización por despido equivale a los salarios que

hacían falta para la finalización del año escolar, lo cual tiene lugar en noviembre, por lo que la suma a cancelar es de \$4.453.333.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral, administrando justicia en nombre de la Republica de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR el numeral primero de la sentencia apelada para en su lugar **DECLARAR** la existencia de un contrato de trabajo de trabajo por el año escolar, entre **LAURA LORENA ACEVEDO MURCIA y la sociedad demandada INVERSIONES BICLA S.A.S.**, a la cual se encuentra matriculado el establecimiento de comercio **KINDERGARDEN DREAM HOME**, el cual estuvo vigente entre el 21 de enero hasta el 13 de junio de 2014, el cual terminó **SIN JUSTA CAUSA**.

SEGUNDO: MODIFICAR el numeral segundo de la sentencia apelada para en su lugar **CONDENAR a la demandada a pagar la suma de \$4.453.333.**, por indemnización por despido sin justa causa.

TERCERO: CONFIRMAR la sentencia en todo lo demás.

Sin costas en la instancia.

Las Partes serán notificadas por **EDICTO**, teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la S S.



MARLENY RUEDA OLARTE

(En Comisión de Servicios)
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 28-2020-476-01
ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA
DEMANDANTE: ELSA RINCÓN BUENHOMBRE
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la demandada Colpensiones, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 29 de agosto de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recepcionaron vía correo electrónico las de Porvenir S.A. y la parte demandante quien solicita se confirme la decisión de primer grado.

ANTECEDENTES

La señora ELSA RINCÓN BUENHOMBRE por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral en contra de Colpensiones y Porvenir S.A., con el fin de que se DECLARE la nulidad de traslado del RPM al RAIS el 14 de mayo de 2002, que para efectos pensionales continúa y se encuentra afiliada al RPM, que se ordene a Porvenir a devolver a Colpensiones todas las sumas adicionales, saldos, con todos sus frutos e intereses junto con los rendimientos que se hubieren causado, que se declare que no dejó de estar afiliada al RPM y que no hubo solución de continuidad en la afiliación. Como consecuencia de tales declaraciones



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28202000476-01 Dte: ES LA RINCÓN BUENHOMBRE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

peticiona se condene a Colpensiones a recibir los valores sin que Porvenir deduzca costo administrativo o de fondo de solidaridad alguno a los aportes objeto de devolución, que se ordene a Colpensiones a recibir los valores procediendo a la actualización de la historia laboral, teniendo en cuenta el detalle de la devolución de aportes que efectuó el RAIS. De manera subsidiaria peticiona se declare que no dejó de estar afiliada al RPM.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que nació el 25 de junio de 1967, que se afilió y efectuó cotizaciones al ISS hoy Colpensiones dentro de los períodos del 7 de octubre de 1993, hasta el 30 de noviembre de 2009, sumando 392 semanas efectivamente cotizadas al RPM, que en la empresa donde laboraba para el año 2002, Laboratorios Metlen Pharma S.A., llegaron asesores de Porvenir aduciendo que el Seguro Social se iba a liquidar y que iban a perder el derecho a su pensión, que para la época de los hechos nunca se evidenció ningún acto jurídico por parte de los asesores comerciales, en donde se brindara asesoría, que no se le dio la información correcta por parte del asesor de Porvenir S.A., que hicieron únicamente relación al riesgo que corría si seguía en el RPM, que el asesor de Porvenir omitió generar datos trascendentales para el reconocimiento de la pensión por vejez ante el RAIS, de cara a las condiciones más favorables con relación al RPM, que la ineficacia de la afiliación irregular fue realizada el 14 de mayo de 2002, haciéndose efectiva a partir del mes de julio de 2002.

Indica que la discriminación de la información es omisiva ya que no se realizó una proyección pensional con ventajas y desventajas entre regímenes, expectativa pensional del afiliado, que no se le ilustró por parte del administrador experto la información oportuna, veraz y honesta al afiliado lego en materia de alta complejidad lo cual trajo consigo una diezma sustancial en el futuro valor de la pensión de vejez, que se le orientó que en el RAIS se podría pensionar a cualquier edad y en mejores condiciones económicas que en el RPM, que no se le informó sobre las diferencias que se podrían presentar entre el RAIS y el RPM a efectos de poder tomar una decisión con total conocimiento, que al momento de su afiliación se le engañó prometiéndole beneficios pensionales anticipados que no eran susceptibles de darse en la realidad, ya que no se le explicó las condiciones técnicas para acceder al beneficio anticipado, que por la negligencia e imprecisiones exteriorizadas por



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28202000476-01 Dte: ~~ESLA RINCÓN BUENHOMBRE~~ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

los asesores de Porvenir no tuvo la oportunidad de comparar los beneficios que le eran favorables en cada uno de los regímenes pensionales, que el supuesto traslado es ineficaz al no haberse efectuado de manera libre, consciente, espontánea, voluntaria y suficientemente informada por parte del asesor de Porvenir S.A.

Señala que el 7 de octubre de 2020, presentó derecho de petición ante Colpensiones pero esta administradora no respondió de fondo a las peticiones elevadas, que en esta misma fecha solicitó información a través de derecho de petición a Porvenir S.A., y el 3 de noviembre del año 2020, dicha AFP emitió respuesta, que en atención a las incoherentes respuestas solicitó a la actuaria-matemática Sandra Catalina Jiménez Alfonso realizar proyección pensional en el RPM, arrojando como resultado un valor en la mesada pensional de 5.216.947 con una tasa de reemplazo del 66.46% al año 2024, que al efectuar cálculo diferencial entre los valores de mesada pensional que arroja Porvenir S.A., queda claramente establecido que le es más beneficioso estar en el RPM, que ante tales respuestas quedó aterrada, pues nunca se le había informado de semejante desequilibrio económico entre los dos regímenes pensionales, que al haberse enterado de tal situación, no hubiere tomado la decisión de traslado.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Colpensiones**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó ser cierto el contenido en el numeral 1 y no constarle los demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia afectación por protección judicial SL 373-2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, hecho de la víctima/afiliado, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad e innominada o genérica.

Por su parte, **Porvenir S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos manifestó ser ciertos los contenidos en numerales 1, 8, 9, y 30, no constarle los No. 2, 28, 29, 39 y 40 y negó los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28202000476-01 Dte: ELSA RINCÓN BUENHOMBRE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora ELSA RINCÓN BUENHOMBRE al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° de julio de 2002, por intermedio de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTIAS PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la AFP PORVENIR S.A., a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora ELSA RINCÓN BUENHOMBRE identificada con la C.C. 39647391 a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas COLPENSIONES y AFP PORVENIR S.A. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.000.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora. (...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que el problema jurídico a resolver se circunscribía a determinar si resulta nulo el traslado de la señora Elsa Rincón Buenhombre del RPM al RAIS ante la supuesta omisión de la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A., en su deber de información al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional y acoger a la demandante como su afiliada; lo que se encuentra probado. Lo primero que indicó es que se encuentra acreditado en el proceso que la señora Elsa Rincón Buenhombre realizó cotizaciones en el RPM por intermedio del ISS, esto entre el 7 de octubre de 1993, hasta el 31 de mayo de 2002, donde acumuló un total 388.14 semanas, según se colige de la historia laboral expedida por Colpensiones visible en el expediente administrativo de la actora que reposa en archivo PDF número 11 del expediente digital.

Así mismo, en la demanda en los hechos 7 y 8 se indicó que la demandante suscribió el formulario de vinculación el día 14 de mayo del año 2002, y que el mismo se hizo efectivo a partir del mes de julio de igual año, situación que en contraste con el reporte SIAFP a folio 70 de la contestación de la demanda arribada por Porvenir S.A., se tuvo que el traslado se hizo efectivo a partir del 1 de julio del año 2002, data que para efectos de la decisión así se tendrá, precisando que la suscripción del formulario de afiliación al fondo privado se realizó para la fecha informada en la demanda pero por medio de la AFP Horizonte Pensiones y Cesantías como consta en el folio 64 del mismo archivo



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28202000476-01 Dte: ~~ESLA RINCÓN BUENHOMBRE~~ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

digital. Se precisa que posterior a su afiliación inicial con la AFP Horizonte, esta entidad se fusionó con la demandada Porvenir S.A., a la cual se encuentra válidamente afiliada la demandante.

Señaló que le correspondía a la AFP Porvenir S.A., la carga de probar en que circunstancias se hizo el ofrecimiento a la demandante, las condiciones en que se le otorgó el traslado del régimen, si se le brindó una información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía la actora frente a los dos regímenes pensionales para que su consentimiento estuviese debidamente informado y así escoger el que mejor le conviniera. En efecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre este tema ha sido pacífica y reiterada en indicar que para considerar que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de la voluntad y deseo del afiliado, se requiere que la administradora de ahorro individual le haya suministrado una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, además que bajo el criterio de transparencia se resalte no sólo lo favorable sino todo lo que se deriva con la aceptación del traslado e incluso si fuere el caso, se debe desanimar al interesado en tomar una decisión que perjudique sus intereses y que la omisión en dicha obligación de información trae como consecuencia la ineficacia del traslado. Así lo ha señalado la Corte, entre otras, en Sentencias SL 12136 de 2014, SL 1421, SL 1452, SL 1688, SL 1689 todas del año 2019, SL 4875 de 2020, y SL 687 de 2021.

Que en el plenario no se logró acreditar que la demandante hubiese recibido la información por parte de la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., sobre las ventajas y desventajas que le conllevaba el cambio de régimen pensional al momento de ser acogida afiliada. Así, la señora Elsa Rincón en interrogatorio de parte narró las circunstancias de tiempo, modo y lugar que la conllevaron a suscribir el formulario de afiliación mediante la cual se dio el traslado de régimen pensional, afirmando que actualmente se encuentra cotizando al sistema en pensiones y que no se encuentra pensionada por alguna administradora. Adicionalmente, el representante legal de la encartada AFP Porvenir S.A., narró que documentalmente no existe nada adicional al formulario de afiliación que fuera suscrito por la señora Rincón en su oportunidad.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28202000476-01 Dte: ~~ELSA RINCÓN BUENHOMBRE~~ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

De los medios de convicción aportados al proceso y analizados en conjunto, se coligió que la AFP Porvenir S.A., no acreditó haberle suministrado a la demandante una información clara, precisa y detallada sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituyó una omisión en su deber de información. En efecto, la entidad no allegó prueba alguna con la que se demostrara que al momento de acoger como afiliada a la señora Rincón, el asesor de la época se hubiese efectuado una simulación o proyección a futuro o un cuadro comparativo de la pensión de vejez que ella podría percibir en un régimen pensional o en otro, situaciones que pudiesen llevar a concluir que se cumplió con los requisitos señalados por la jurisprudencia para ser considerada como idónea la información suministrada a fin de realizar un traslado de régimen pensional. Si bien en el folio 64 del archivo PDF número 12 del expediente digital reposa la copia del formulario de afiliación a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Horizonte hoy Porvenir S.A., en cuya parte inferior se consignó la voluntad de afiliación, lo cierto es que este no resulta ser un medio probatorio idóneo del cual se infiera que se le haya proporcionado toda la información de traslado a la señora Elsa Rincón, que se itera son las ventajas y desventajas del mismo como quiera que tal y como lo ha afirmado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la Sentencia SL 1452 de 2019, dicha circunstancia a lo sumo acredita un consentimiento pero no informado.

Así las cosas, pese a que en el formulario de vinculación se plasmó la firma de la actora como aceptación de lo allí contenido, no era menos cierto que la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., no cumplió con su deber de proporcionarle a la afiliada una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras. De otro lado, respecto de los comunicados de prensa que fueron allegados por la AFP Porvenir S.A., que militan en los folios 96 y 98 del archivo PDF número 12 del expediente digital, los cuales a juicio de este Despacho no acreditan que la señora Elsa al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional hubiese recibido una asesoría completa y oportuna acerca de las reales implicaciones de su traslado, puesto que la información brindada por la AFP al afiliado se juzga es al momento del acto jurídico del traslado y no con posterioridad como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en Sentencia SL 1688 de 2019, como ocurrió en el presente asunto, en donde la información



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28202000476-01 Dte: ESLA RINCÓN BUENHOMBRE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

detallada acerca de los beneficios, ventajas y demás características del RAIS se publicó con posterioridad a la afiliación de la demandante en el RAIS.

Respecto a las excepciones, teniendo en cuenta las consideraciones dadas a lo largo de la sentencia, se declararon no probados los medios exceptivos propuestos por el extremo pasivo donde se incluyó la de prescripción, ya que la ineficacia del traslado de régimen pensional no está sometido al término trienal que rige en materia laboral, por guardar este asunto una estrecha relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado resulta imprescriptible.

RECURSO DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones** señaló que los argumentos esgrimidos en la sentencia no tomaron en cuenta unas reglas aplicables directamente a las relaciones contractuales adquiridas por la parte demandante, es así que para la resolución de este caso para el Tribunal Superior de Bogotá – Sala Laboral, debe tomar en cuenta los siguientes aspectos:

En primera medida las obligaciones legales del trabajador conforme al Decreto 2241 de 2010, presentándose dentro de este caso un silencio del consumidor financiero en el tiempo, por no tener una adecuada atención y revisión de sus negocios jurídicos durante el desarrollo de su afiliación; en segunda medida, la responsabilidad objetiva directamente endilgada a Colpensiones en tener que recibir a la demandante en el RPM, esto no exonera en ningún momento a la parte que generó ese daño para poder inculcársele algún tipo de responsabilidad más allá de la impuesta dentro de la sentencia de primera instancia; en tercera medida, en el momento en que se realizó el traslado no le era exigible directamente a los fondos privados realizar una asesoría del nivel como lo expuso las Sentencias de la Corte Suprema de Justicia, con lo cual la documentación allegada dentro del presente proceso es la adecuada e idónea para poder demostrar la información suministrada en su momento por las AFP a la demandante.

Que hay que tener en cuenta que las relaciones legales directamente entre la demandante y el fondo privado, Colpensiones es totalmente externo a este negocio jurídico y no puede verse afectada en recibir la carga prestacional de la demandante, toda vez que esto genera una afectación a la estabilidad



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28202000476-01 Dte: ELSA RINCÓN BUENHOMBRE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

financiera en el tiempo, teniendo en cuenta el Acto Legislativo 1 de 2005, el cual buscaba la protección de los fondos comunes del RPM por medio del principio de sostenibilidad financiera, principios que son de categoría constitucional y que debe ser tenido en cuenta para el desarrollo de cualquier interpretación. Solicitó revocar la sentencia y mantener incólume la afiliación realizada por la demandante en su momento.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso planteado, se tiene que lo pretendido por la señora ELSA RINCÓN BUENHOMBRE, se circunscribe a declaratoria de nulidad de traslado que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., el 14 de mayo de 2002, como se verifica de copia de dicha documental, allegada por la demandante y visible en expediente digital.

Sobre el particular, si bien se petitionó la nulidad del acto del traslado al RAIS, lo cierto es que se alegó tal circunstancia por omisión en el deber de información de la AFP, escenario en el cual lo pretendido se estudia a través de la óptica de la ineficacia, figura que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas y conforme lo señalado en precedencia para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28202000476-01 Dte: ELSA RINCÓN BUENHOMBRE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicas o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Elsa Rincón Buenhombre, se le hubiera brindado la información en los términos antes señalados, siendo claro en esta oportunidad que no se le pusieron de presente todas las consecuencias del traslado a la demandante, lo que lleva a concluir que la AFP Horizonte hoy Porvenir S.A., fondo al que se trasladó la actora proveniente del RPM, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable; de lo que se concluye que dicho traslado no fue libre y voluntario.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28202000476-01 Dte: ES LA RINCÓN BUENHOMBRE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la recurrente Colpensiones, la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28202000476-01 Dte: ELSA RINCÓN BUENHOMBRE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a esa AFP, probar el suministro de dicha información a la señora Elsa Rincón Buenhombre, desde la fecha en que este suscribió el formulario de afiliación ante dicha administradora, lo que en efecto no ocurrió para el caso bajo estudio.

Conforme lo anterior y si bien como lo manifiesta la recurrente, la demandante también tiene el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que ante la experticia de la entidad que promovió su traslado al RAIS, le correspondía en el acto del traslado brindarle a ella como afiliada toda la información respecto a las consecuencias de la decisión de cambiar de régimen pensional, omisión que conlleva a la ineficacia de tal acto, ya que se itera, las reales implicaciones del acto de traslado sólo las puede conocer el afiliado cuando se le brinda la adecuada información al respecto, la que está en custodia de las AFP, ya que conforme el papel que desempeñan en el sistema son las encargadas de promover las afiliaciones y son quienes conocen el manejo y características del sistema pensional, conocimiento que no poseen los afiliados y que tampoco se encuentra en los extractos expedidos por estas, aunado a ello, dicho acto se encuentra afectado de ineficacia, razón por la cual, no nació a la vida jurídica y todos los actos que se realizaron con ocasión del mismo, corren la misma suerte.

Por otra parte y en cuanto al argumento Porvenir S.A., esbozado en alegaciones, referente al traslado de los gastos de administración y rendimientos, se tiene que los mismos son susceptibles de dicho traslado, como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.** (Negrilla fuera del texto original).*



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28202000476-01 Dte: ES LA RINCÓN BUENHOMBRE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Ahora, en cuanto al argumento de Colpensiones, según el cual, de accederse al traslado de régimen petitionado, implica la descapitalización del RPM que administra, suficiente resulta indicar que junto con este, se determina la procedencia de trasladar los aportes efectuados por la demandante durante su tiempo de afiliación al RAIS, razón por la cual, no se incurre en descapitalización alguna, pues se itera, se realiza el traslado de las cotizaciones de la actora a órdenes de Colpensiones, junto con gastos de administración.

Así las cosas al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2002**, resulta forzoso concluir que no le fue brindado a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia** señalada en primera instancia.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, aspecto en que se **adicionará** la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28202000476-01 Dte: ES LA RINCÓN BUENHOMBRE Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

(En Comisión de Servicios)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 28-2021-252-01

ASUNTO: APELACIÓN SENTENCIA

DEMANDANTE: MARÍA TERESA PÁEZ RÍOS

DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora JEENNY CAROLINA VARGAS, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 28 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 12 de agosto de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recepcionaron vía correo electrónico las de Colpensiones, Porvenir S.A. y la parte demandante.

ANTECEDENTES

La señora MARÍA TERESA PÁEZ RÍOS por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral en contra de Colpensiones y Porvenir S.A., con el fin de que se DECLARE la nulidad por ineficacia de la afiliación y traslado de régimen de pensiones que efectuara al RAIS, a través de Porvenir S.A., ante la omisión al deber de información a cargo de esta AFP



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28202100252-01 Dte: MARÍA TERESA PÁEZ RÍOS Dña.: COLPENSIONES Y OTRO

sobre las consecuencias del traslado, que se declare que la afiliación al RPM en virtud de la nulidad del traslado, permaneció incólume y por ello surte todos los efectos legales, que Porvenir S.A., debe trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes, rendimientos, bono pensional, semanas de cotización, así como los demás dineros aportados durante todo el tiempo en que ha estado afiliada al RAIS. Como consecuencia de tales declaraciones peticiona se ordene el traslado y la afiliación a Colpensiones como administradora del RPM y, por ello, a inscribir sin solución de continuidad su afiliación como si nunca se hubiere trasladado del mismo, que se condene a Porvenir S.A., a trasladar a Colpensiones la totalidad de los aportes y demás dineros aportados durante el tiempo en que ha estado afiliada al RAIS. Por último, solicita se condene en costas y agencias en derecho a las demandadas y lo que resulte extra y ultra petita.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que en julio de 1998, prestaba sus servicios para la Empresa Laboratorios Wyeth Inc., que nunca se acercó a una oficina de la Sociedad Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., para solicitar el traslado de régimen de pensiones, que Porvenir S.A., trasladó a su asesor comercial hasta el lugar donde ella trabajaba con el único objetivo de trasladarla al RAIS, que el asesor que promovió el traslado de régimen no contaba con el título ni formación profesional en el régimen general de seguridad social en pensiones por lo que no conocía las particularidades del RPM ni del RAIS, que Porvenir S.A., no le informó ningún aspecto general ni propio respecto de su afiliación y futuro pensional en el RPM, ni que su pensión de vejez de ninguna manera superaría el 25% del IBC, que Porvenir S.A., certificó que para el 27 de abril de 2021, tenía como capital acumulado la suma de \$272.551.852, valor que comporta el bono pensional del Seguro Social \$46.135.572.

Indica que acumula un capital abiertamente inferior al capital mínimo exigido por Porvenir S.A., para adquirir una pensión de salario mínimo y, por ello, se deberá subsidiar con la garantía de pensión mínima prevista por la Ley 100 de 1993, que esta AFP no le informó ni la explicó como operaba el RPM ni como se pensionaría en el ISS, que no se le advirtió de los riesgos que existían por trasladarse al RAIS, que se le enfatizó que ISS dada su grave situación económica no podría garantizarle el reconocimiento de la pensión de vejez y



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28202100252-01 Dte: MARÍA TERESA PÁEZ RÍOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

que resultaba inviable en la medida que no tenía las reservas para cumplir sus futuros compromisos pensionales, que no se le indicó que la pensión de vejez que le reconocería el Fondo Privado de Pensiones siempre resultaría inferior a la pensión vitalicia que el reconocería el RPM, que eventualmente no se podría pensionar por cuanto el capital sería insuficiente, o que el capital ahorrado, no le permitiría tener una pensión similar a la que obtendría en el RPM.

Argumenta que no se le informó que el valor de la pensión y el tiempo de su pago dependerían necesariamente de la modalidad que escogiera, que no se le explicó acerca de las tres distintas modalidades de obtener una pensión en el RAIS ni sobre cómo opera financieramente el Fondo Privado, que no se le informó que era un bono pensional, que no se le indicó acerca de las ventajas del RPM ni las desventajas del RAIS, que sin recibir la información técnica, transparente, equitativa y adecuada y, por ello, por móviles erróneos firmó el formulario de vinculación de la AFP Porvenir.

Que el 19 de marzo de 2021, agotó reclamación administrativa ante Colpensiones, la cual fue contestada negativamente, que el 16 de marzo de 2021, radicó derecho de petición ante Porvenir S.A., solicitando la entrega de los soportes, proyecciones, asesoría que surtieron para persuadir el traslado entre Fondos de Pensiones, que Porvenir S.A., negó el traslado de régimen de pensiones y afirmó que toda la asesoría dada a la demandante se ofreció de manera verbal y que no existe ningún documento que acredite la asesoría dada por el vendedor del fondo.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Colpensiones**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos manifestó no constarle ninguno. Propuso las excepciones de mérito que denominó inexistencia afectación por protección judicial SL 373-2021, perfeccionamiento actos de relacionamiento, perfeccionamiento del acto inexistente, saneamiento nulidad, protección sostenibilidad fiscal y equilibrio financiero, inexistencia del derecho, pago de lo no debido, prescripción y caducidad e innominada o genérica.

Por su parte, **Porvenir S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos manifestó no constarle los No. 1 a 3, 28 y 29 y negó los



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28202100252-01 Dte: MARÍA TERESA PÁEZ RÍOS Dña.: COLPENSIONES Y OTRO

demás. Propuso las excepciones de mérito que denominó prescripción, buena fe, inexistencia de la obligación, compensación y excepción genérica.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la señora MARÍA TERESA PÁEZ RÍOS al régimen de ahorro individual con solidaridad de fecha 1° de septiembre de 1998, por intermedio de la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A. y, en consecuencia, declarar como afiliación válida la del régimen de prima media con prestación definida, administrado hoy por COLPENSIONES, tal como se dijo en las consideraciones de esta sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S.A., a trasladar los aportes pensionales, cotizaciones o bonos pensionales, con todos sus frutos e intereses, sin deducción alguna por concepto de gastos de administración y seguro de invalidez y sobrevivencia, contenidos en la cuenta de ahorro individual de la señora MARÍA TERESA PÁEZ RÍOS identificada con la C.C. 51731067 a COLPENSIONES.

TERCERO: CONDENAR a la Administradora Colombiana de Pensiones - COLPENSIONES a activar la afiliación de la demandante en el régimen de prima media con prestación definida y a actualizar su historia laboral.

CUARTO: DECLARAR no probadas las excepciones propuestas por las demandadas.

QUINTO: COSTAS DE ESTA INSTANCIA a cargo de las demandadas COLPENSIONES y PORVENIR S.A. Se señalan como agencias en derecho la suma de \$1.500.000 a cargo de cada una de ellas y a favor de la parte actora. (...)

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis que el problema jurídico a resolver se circunscribe en determinar si resulta ineficaz el traslado de la señora María Teresa Páez Ríos del RPM al RAIS ante la supuesta omisión de la Administradora de Fondos de Pensiones Porvenir S.A., en su deber de información al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional y acoger a la demandante como su afiliada; lo que se encuentra probado. Lo primero que indicó es que se encuentra acreditado en el proceso que la señora María Teresa Páez Ríos realizó cotizaciones en el RPM por intermedio del ISS, esto entre el 8 de junio de 1994, hasta el 1 de septiembre de 1998, donde acumuló un total 211.7 semanas, según se colige de la historia laboral expedida por Colpensiones visible en el expediente administrativo de la demandante que obra en archivo PDF número 12 del expediente digital.

Así mismo, de la documental aportada se evidenció que el traslado de régimen pensional tuvo lugar el día 1 de septiembre de 1998, por intermedio de la AFP Porvenir S.A., lo cual se corroboró con el formulario de afiliación visible a folio 89 de la contestación arrimada por Porvenir con fecha de suscripción el 1 de julio de 1998, que en contraste con el reporte SIAFP de folio 86, se tuvo que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28202100252-01 Dte: MARÍA TERESA PÁEZ RÍOS Dña.: COLPENSIONES Y OTRO

dicho traslado se hizo efectivo el 1 de septiembre de 1998, encontrándose actualmente la señora María Teresa afiliada a la AFP Porvenir S.A.

Señaló que le correspondía a la AFP Porvenir la carga de probar en que circunstancias se hizo el ofrecimiento a la demandante, las condiciones en que se le otorgó el traslado del régimen, si se le brindó una información veraz y oportuna frente a las implicaciones del mismo y sobre la verdadera situación que tenía frente a los dos regímenes pensionales para que su consentimiento estuviese debidamente informado y así escoger el que mejor le conviniera. En efecto, la jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia sobre este tema ha sido pacífica y reiterada en indicar que para considerar que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de la voluntad y deseo del afiliado, se requiere que la administradora de ahorro individual le haya suministrado una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, además que bajo el criterio de transparencia se resalte no sólo lo favorable sino todo lo que se deriva con la aceptación del traslado e incluso si fuere el caso, se debe desanimar al interesado en tomar una decisión que perjudique sus intereses y que la omisión en dicha obligación de información trae como consecuencia la ineficacia del traslado. Así lo ha señalado la Corte, entre otras, en Sentencias SL 12136 de 2014, SL 1421, SL 1452, SL 1688, SL 1689 todas del año 2019, SL 4875 de 2020, y SL 687 de 2021.

Que en el plenario no se logró acreditar que la demandante hubiese recibido la información por parte de la AFP Porvenir S.A., sobre las ventajas y desventajas que le conllevaba el cambio de régimen pensional al momento de ser acogida la demandante como su afiliada. Así, la señora María Teresa Páez en interrogatorio de parte narró las circunstancias de tiempo, modo y lugar que la conllevan a suscribir el formulario de afiliación a esta AFP mediante la cual se dio el traslado de régimen pensional.

De los medios de convicción aportados al proceso y analizados en conjunto, se coligió que la AFP Porvenir S.A., no acreditó haberle suministrado la información clara, precisa y detallada a la accionante sobre las consecuencias de su traslado a un fondo privado, situación que constituyó una omisión en su deber de información. En efecto, dicha entidad no allegó prueba alguna con la que se demostrara que al momento de acoger como afiliada a la señora Páez Ríos, el asesor de la época se hubiese efectuado una simulación o



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28202100252-01 Dte: MARÍA TERESA PÁEZ RÍOS Dña.: COLPENSIONES Y OTRO

proyección a futuro o un cuadro comparativo de la pensión de vejez que ella podría percibir en un régimen pensional o en otro, situaciones que pudiesen llevar a concluir que se cumplió con los requisitos señalados por la jurisprudencia para ser considerada como idónea la información suministrada a fin de realizar un traslado de régimen pensional. Si bien en el folio 89 del archivo PDF número 13 del expediente digital milita copia del formulario de afiliación a la Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías Porvenir S.A., en cuya parte inferior se consignó la voluntad de afiliación, lo cierto es que este no resulta ser un medio probatorio idóneo del cual se infiera que se le haya proporcionado toda la información de traslado a la señora Páez, que se itera son las ventajas y desventajas del mismo como quiera que tal y como lo ha afirmado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en la Sentencia SL 1452 de 2019, dicha circunstancia a lo sumo acredita un consentimiento pero no informado.

Así las cosas, pese a que en el formulario de vinculación se plasmó la firma de la demandante como aceptación de lo allí contenido, no es menos cierto que la AFP Porvenir S.A., no cumplió con su deber de proporcionarle a la afiliada una suficiente, completa y clara información sobre las reales implicaciones que le conllevaría dejar el anterior régimen y sus posibles consecuencias futuras. De otro lado, respecto de los comunicados de prensa que fueron allegados por Porvenir que militan en los folios del 131 al 134 del archivo PDF número 13 del expediente digital, los cuales a juicio de este Despacho no acreditan que la señora María Teresa al momento de efectuarse el traslado de régimen pensional hubiese recibido una asesoría completa y oportuna acerca de las reales implicaciones de su traslado, puesto que la información brindada por la AFP al afiliado se juzga es al momento del acto jurídico del traslado y no con posterioridad como lo ha señalado la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en Sentencia SL 1688 de 2019, como ocurrió en el presente asunto, en donde la información detallada acerca de los beneficios, ventajas y demás características del RAIS se publicó con posterioridad a la afiliación de la demandante en el RAIS.

Respecto a las excepciones, teniendo en cuenta las consideraciones dadas a lo largo de la sentencia, se declararon no probados los medios exceptivos propuestos por el extremo pasivo donde se incluyó la de prescripción, ya que la ineficacia del traslado de régimen pensional no está sometido al término trienal que rige en materia laboral, por guardar este asunto una estrecha



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28202100252-01 Dte: MARÍA TERESA PÁEZ RÍOS Dña.: COLPENSIONES Y OTRO

relación con la construcción o posibilidad de adquirir el derecho pensional, tema que de añeja jurisprudencia se ha indicado resulta imprescriptible.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Porvenir S.A.**, recurrió indicando que el traslado de régimen pensional de la actora fue eficaz y válido pues no se acreditó la existencia de algún vicio en el consentimiento con el cambio de régimen pensional, toda vez que no se probó ninguna de las causales previstas en el artículo 1741 del Código Civil, que el formulario de afiliación es un documento público que se presume auténtico en los términos de los artículos 244 del CGP y del parágrafo del artículo 54^a del CPTSS, además este contiene la exigencia establecida en el artículo 114 de la Ley 100 de 1993, esto es, que la selección de régimen se efectuó de manera libre, voluntaria y sin presiones, lo que significa que no se trata esta de una simple declaración vacía incluida en un formato de afiliación sino de un requerimiento legal expresamente señalado sobre la firma de la parte demandante, quien se presume como una persona capaz para obligarse.

Que no es viable imponerle a Porvenir S.A., cargas distintas previstas en las leyes existentes para el momento en que sucedió la afiliación de la parte demandante, pues ello constituiría una violación al debido proceso y a la confianza legítima de Porvenir, ya que para la época en que se celebró el acto jurídico de vinculación no existía exigencia legal alguna de dejar documentada la asesoría suministrada de manera verbal pues el único documento requerido era el formulario de afiliación, es más que aproximadamente en el año 2014, los fondos privados cuentan exclusivamente con el consentimiento vertido en el formulario de afiliación para probar el conocimiento y asentimiento del afiliado respecto del traslado, por cuanto las leyes que surgieron entre el año 1994, y el 2014, no exigían nada diferente al documento de afiliación en donde constaba la plena intención del afiliado de pertenecer al RAIS.

Conviene señalar que Porvenir cuenta con diversos canales telefónicos y electrónicos para brindarle información y buen servicio a sus afiliados, de manera que la parte demandante en cualquier momento pudo haber solicitado en nuestras oficinas o en nuestros canales de atención proyecciones, asesorías, peticiones, quejas o reclamos para mostrar su



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28202100252-01 Dte: MARÍA TERESA PÁEZ RÍOS Dña.: COLPENSIONES Y OTRO

inconformidad en el RAIS pues es un deber que le asiste como consumidora financiera de acuerdo a las disposiciones previstas en el Decreto 255 de 2010, conforme a lo anterior no le es dable a la demandante justificarse en el desconocimiento de la ley del sistema pensional, pues el artículo 9 del Código Civil señala que la ignorancia de las leyes no sirve de excusa, principio que implica que habiéndose promulgado una ley al ser esta conocida por todos los habitantes, las condiciones de cotización, traslado y reconocimiento de prestaciones sociales en ambos regímenes pues están definidas en su totalidad por estas y, por ende, carece de fundamento razonable el argumento planteado respecto de la falta de información, pues como colombiana debía conocer la ley, la cual es de alcance nacional y gratuito.

Ahora, frente a la devolución de los dineros por concepto de gastos de administración, tal condena no resulta procedente como quiera que el traslado de este rubro a Colpensiones configuraría un enriquecimiento sin causa a favor de esta demandada, en la medida que no existe norma que disponga tal devolución; contrario a ello, el literal b) del artículo 113 de la Ley 100 de 1993, menciona que en el evento de cambio de régimen los únicos dineros a trasladar son el saldo de la cuenta de ahorro individual incluidos los rendimientos, lo que evidencia que no están destinados a financiar la prestación del afiliado, por ende no pertenecen a él sino al fondo privado como una contraprestación de la gestión que adelantó para incrementar el capital existente en la cuenta individual del afiliado. Además, ordenar la devolución de gastos de administración y otras sumas como los porcentajes por concepto de seguro previsional ya causados implicaría el desconocimiento de unos descuentos que estaban habilitados por la ley con claro desmedro del patrimonio de Porvenir, vulnerando así el derecho a la igualdad de este y privilegiando de manera injustificada a una de las partes del contrato que fue declarado ineficaz y que fue suscrito de buena fe por parte de la AFP. Sumado a lo anterior, no debe olvidarse que en el RPM también se destina un 3% de la cotización a financiar por concepto de gastos de administración y seguro previsionales de pensión de invalidez y sobrevivientes conforme lo previsto en el inciso 2 del artículo 20 de la Ley 100 de 1993, por lo que dichos gastos de administración no forman parte integral de la pensión de vejez y por ello están sujetos al fenómeno extintivo de la prescripción.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28202100252-01 Dte: MARÍA TERESA PÁEZ RÍOS Dña.: COLPENSIONES Y OTRO

En el evento en que los H. Magistrados del Tribunal Superior de Bogotá decidan confirmar la declaratoria de ineficacia del traslado de la demandante, y la condena consistente en la devolución de los gastos de administración, solicita se aplique la figura de la compensación de tales dineros con los rendimientos financieros que se le generaron a la demandante los cuales exceden los mínimos establecidos en la ley y que se obtuvieron gracias a la buena gestión de Porvenir S.A., en la administración de tales recursos.

La demandada **Colpensiones** señaló que esta administradora no participó en las actuaciones que son declaradas ineficaces, es así como resulta totalmente desproporcionado condenar a esta entidad en costas cuando nada tuvo que ver con el negocio jurídico, esto es, con el cambio de régimen pensional que en su momento realizó la parte actora o pues con el mismo formulario de afiliación como se manifestó en los mismos alegatos con la asesoría que fue recibida por parte de la AFP.

Ahora bien, como se ha manifestado las actuaciones de Colpensiones han estado sujetas al ordenamiento jurídico, actuando de buena fe situación que lleva a la imposibilidad de condena en costas o a la posibilidad que el Juez valore dicha actuaciones para determinar que en este caso no debe ser condenada la misma, en atención al mismo artículo 365 del CGP.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por la señora MARÍA TERESA PÁEZ RÍOS, se circunscribe a declaratoria de nulidad por ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con la AFP Porvenir S.A., el 1 de julio de 1998, como se verifica de copia de dicha documental, allegada por la demandada en mención y visible en expediente digital.

Sobre el particular, si bien se petitionó la nulidad del acto del traslado al RAIS, lo cierto es que se alegó tal circunstancia por omisión en el deber de información de la AFP, escenario en el cual lo pretendido se estudia a través de la óptica de la ineficacia, figura que ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28202100252-01 Dte: MARÍA TERESA PÁEZ RÍOS Dña.: COLPENSIONES Y OTRO

que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso, desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas y conforme lo señalado en precedencia para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del Régimen de Prima Media con Prestación Definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos, contrario a lo indicado por Colpensiones en sus alegaciones, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente y contrario a lo indicado por la recurrente Porvenir S.A., se tiene que ninguna de ellas da cuenta respecto



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28202100252-01 Dte: MARÍA TERESA PÁEZ RÍOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

que a la señora María Teresa Páez, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, como tampoco información acerca de su situación pensional particular, pues se itera; y en interrogatorio de parte vertido por esta, señaló que le indicaron un hecho incierto como que el ISS, se iba a acabar, no siendo de su resorte investigar la veracidad de tales afirmaciones, pues es deber de la administradora pensional, actuar con **transparencia** en cuanto a la información que le brinde a sus posibles afiliados; de tal manera, al no haberse allegado prueba de la información brindada a la señora María Teresa Páez, quedando así demostrado que la demandada Porvenir S.A., faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resultaba relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como lo desfavorable.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal-. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28202100252-01 Dte: MARÍA TERESA PÁEZ RÍOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarse el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento". (Negrilla fuera del texto original)

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la recurrente Porvenir S.A., la línea jurisprudencial a que se alude, ha sido enfática en señalar que el deber de información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que le correspondía a esa AFP, probar el suministro de dicha información a la señora María Teresa Páez, desde la fecha en que este suscribió el formulario de afiliación ante dicha administradora, lo que en efecto no ocurrió para el caso bajo estudio.

Conforme lo anterior y si bien como lo manifiesta la recurrente Porvenir S.A., la demandante también tiene el deber de informarse sobre su situación pensional, lo cierto es que ante la experticia de la entidad que promovió su traslado al RAIS, le correspondía en el acto del traslado brindarle a ella como afiliada toda la información respecto a las consecuencias de la decisión de cambiar de régimen pensional, omisión que conlleva a la ineficacia de tal acto, ya que se itera, las reales implicaciones del acto de traslado sólo las puede conocer el afiliado cuando se le brinda la adecuada información al respecto, la que está en custodia de las AFP, ya que conforme el papel que



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28202100252-01 Dte: MARÍA TERESA PÁEZ RÍOS Dña.: COLPENSIONES Y OTRO

desempeñan en el sistema son las encargadas de promover las afiliaciones y son quienes conocen el manejo y características del sistema pensional, conocimiento que no poseen los afiliados y que tampoco se encuentra en los extractos expedidos por estas, aunado a ello, dicho acto se encuentra afectado de ineficacia, razón por la cual, no nació a la vida jurídica y todos los actos que se realizaron con ocasión del mismo, corren la misma suerte.

De otra parte, contrario a lo manifestado por Porvenir S.A., en su recurso y alegaciones, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, como se señaló, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia** caso en el cual, no se requiere existencia de vicio alguno del consentimiento, pues ello es propio de la figura de la nulidad, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineficacia en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Por otro lado y respecto al argumento de la recurrente Porvenir S.A., esbozado en sus recurso referente al traslado de los gastos de administración, se tiene que los mismos son susceptibles de dicho traslado y no se ven afectados por la prescripción, así como los demás recursos objeto de pronunciamiento por la Juzgadora de primer grado como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineficacia tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones.** (Negrilla fuera del texto original).*



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28202100252-01 Dte: MARÍA TERESA PÁEZ RÍOS Dña.: COLPENSIONES Y OTRO

Lo anterior por cuanto en virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen **no existió** y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido y que fueron erogaciones realizadas a los aportes del afiliado.

Así las cosas al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 1998**, resulta forzoso concluir que no le fue brindado a esta de manera completa toda la información a este respecto, circunstancia que impone **confirmar** la declaratoria de **ineficacia** señalada en primera instancia.

Ahora, en cuanto a la absolución de condena en costas que peticiona Colpensiones, no se modificará esta por cuanto en los términos del artículo 365 del CGP, esa entidad resultó vencida en juicio, ya que en su contra se imponen obligaciones.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional de la demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, aspecto en que se **adicionará** la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de **DECLARAR** que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 28202100252-01 Dte: MARÍA TERESA PÁEZ RÍOS Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

(En Comisión de Servicios)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No.29-2022-018-01

ASUNTO: APELACION AUTO

DEMANDANTE: ALVARO DANIEL ARIAS TORRES

DEMANDADO: AEROVÍAS DEL CONTINENTE AMERICANO

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

DECISIÓN

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por el apoderado de la parte demandada contra el auto proferido por el Juez 47 Laboral del Circuito de Bogotá, el día 6 de junio de 2023, por medio del cual declaró NO probada la excepción de cosa juzgada. (Expediente Digital).

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de ambas partes, la demandante, solicita se confirme la decisión recurrida.

HECHOS

El señor **ALVARO DANIEL ARIAS TORRES**, actuando a través de apoderado, instauró demanda ordinaria laboral en contra de **AEROVIAS DEL CONTINENTE AMERICANO SA** para que se declare que el actor fue despedido sin justa causa estando vigente el conflicto colectivo promovido con ocasión del pliego de peticiones presentado por ACDAC, razón por la cual solicita reintegro, salarios y prestaciones desde el despido y hasta el reintegro, perjuicios morales, extra y ultra petita. (Expediente Digital).

Al contestar la demanda la empresa propuso como previa la excepción de cosa juzgada.

El Juez 47 laboral del Circuito, en la decisión que hoy revisa la Sala decidió declarar no probada la excepción afirmando: *Para resolver, se tiene que la demandada fundamenta su excepción en la ilegalidad del cese de actividades promovidas por ACDAC del 20 de septiembre al 12 de noviembre de 2017, la cual ya fue decidida por la Sala Laboral de la CSJ en sentencia SL294 de 2017, también aduce que no es dable discutir dicha situación, toda vez que de hacerlo, estaría en frente al desconocimiento del precedente, aunado la anterior, expone que el demandante sin tener capacidad jurídica para ello, pretende discutir asuntos propios que tienen relación con la declaratoria de ilegalidad de la huelga, aduciendo que dicha huelga es imputable al empleador, que el cese no fue constatado por el Ministerio de Trabajo, que la declaratoria de ilegalidad que realizó el órgano de cierre, no resulta ajustado a la ley, que el sindicato ACDAC, es un sindicato de gremio; sin embargo, todas estas discusiones y pretensiones, fueron asuntos ampliamente discutidos al interior del proceso judicial señalado anteriormente, en el cual se corroboró todo lo contrario a lo pretendido por el demandante, ello conllevó a la declaratoria de ilegalidad del cese de actividades, por lo anterior, insiste que las pretensiones principales, 6, 10, 11, 12, 13, 14, 15, 17 y 18, del escrito de demanda, resultan abiertamente improcedentes para su estudio en el presente el proceso, razón por la cual deberá declararse cosa juzgada y ordenar la exclusión del proceso. Sobre lo manifestado por el apoderado de la parte demandada, ha de tenerse en cuenta lo señalada por la CSJ Sala de Casación Laboral, respecto a excepción previa de cosa juzgada en sentencia SL 146 de 2023, expuso: para que obre el fenómeno de la cosa juzgada, se deben configurar 3 elementos: identidad de personas, identidad de la cosa pedida e identidad de causa; aunado a ello, los requisitos aludidos son concurrentes, lo que significa que, en ausencia de solo uno de aquellos, no se configura la excepción, descendiendo al caso concreto, el presente proceso es promovido por el señor Álvaro Daniel Arias Torres contra Avianca, el actor relaciona varias pretensiones; en resumen, solicita de manera principal se declare que la terminación de su relación fue ilegal, encontrándose vigente el conflicto colectivo promovido por la organización sindical ACDAC, buscando el reintegro y el correspondiente pago de acreencias laborales entre otras y de manera subsidiaria, pretende el pago de la indemnización por despido injusto, moratoria del artículo 65 del CST, entre otras; igualmente, se evidencia que el extremo activo relaciona pretensiones encaminadas a la declaración de responsabilidad empleador en el cese de actividades, así como también persigue que la calificación de la huelga por parte de la CSJ, se realizó con incumplimiento de los convenios 87 y 98 de la OIT, así como que el cese de actividad realizada por ACDAC, fue legítimo y lícito; en síntesis, la causa hace referencia al despido por parte del actor y el conflicto colectivo. Por otro lado, se tiene que la sentencia SL 294 de 2017, fue producto del proceso especial de calificación de cese colectivo de actividades promovido por Avianca S.A., contra ACDAC, dicho proceso especial, se inició con el fin de que se declarara la legalidad de la huelga en sus instalaciones y centros de servicio desde el 20/09/2017, con fundamento en las causales a) y b) del artículo 450 del CST; conforme lo anterior, se evidencia la no concurrencia de uno de los requisitos fundamentales respecto a la posibilidad de ser declarada probada la excepción la propuesta, esto es, la identidad de sujetos, toda vez que si bien existe un mismo extremo en ambos litigios, no hay entidad, además, el objeto y causa es diferente en ambos procesos, en consecuencia, no se da cumplimiento a los requisitos, los cuales como se mencionó, son concurrentes y por ello nosotros no se configura la cosa juzgada; ahora bien, el despacho señala que no desconoce el precedente del máximo órgano de cierre de la jurisdicción, y en ese escenario, **si alguna de las pretensiones hace referencia a aspectos ya estudiados por la Corte, así se decidirá en sentencia.***

Inconforme con esta decisión el apoderado de la demandada interpuso recurso así: “...Gracias en esta oportunidad presento recurso de reposición y en subsidio de apelación contra el auto que negó la excepción de cosa juzgada: el juez

*señala que, en el presente caso, no existe identidad de partes para poder declarar la prosperidad de esta excepción propuesta; respecto a ello, traemos a colación ya unas decisiones que ha tomado el H. Tribunal Superior de Bogotá, en este sentido, enfáticamente, tenemos 2 procesos, del señor Sebastián Aristizábal, radicado 11001310503520210008601, del señor Manuel Iván Beltrán Bejarano, radicado 11001310500120190120701 y el proceso radicado 110013610503520200048301 del señor Guillermo Celis, todos ellos en los cuales también fue demandada mi representada y en los cuales indicó que sí había identidad de sujetos en estos casos, **dado que si bien, se está confrontando el proceso especial de calificación, el cual fue iniciado por el sindicato, al cual se encontraba o se afiliado el hoy demandante, es claro que la actuación que llevó a cabo en ese momento el sindicato en el trámite del proceso de cese ilegal de actividades; en este caso, el sindicato actuó en representación del actor como afiliado a dicha agremiación y, por lo tanto, a pesar de no hacerlo de forma directa en el acá demandante, si tuvo representación en ese proceso, que se llevó a cabo en el 2017, por lo cual se considera que sí hay una identidad de partes y de sujetos en este en este caso; asimismo, en dichas providencias también se abordó lo relacionado con la identidad del objeto y la identidad de la causa; respecto de la identidad del objeto, indicó que efectivamente sí se está trayendo a colación nuevamente un tema que ya fue discutido por la por el Tribunal y posteriormente en segunda instancia por la Corte Suprema de Justicia respecto de la declaratoria de ilegalidad del cese de actividades que realizó ACDAC y respecto de la causa, se tiene que el demandante, en este caso aborda sus pretensiones en justificar e indicar que el despido no fue porque ese cese sí fue legal y fue imputable a mi representada, sin embargo, nuevamente se señala que este cese de actividades adelantado del año 2017 ya fue objeto de discusión por la Corte Suprema de Justicia, la que indicó que sí había sido un ese ilegal y de ahí se desprende, las causas por las cuales se originó la justeza del despido del demandante.***

CONSIDERACIONES

De acuerdo con lo establecido en el art 66 A del C P del T y de la S S la Sala resuelve el recurso, previas algunas precisiones y aclarado desde ya que **modificará el auto apelado, toda vez que, en casos con las misma pretensiones y demandada, ya ha tomado una decisión.**

En primer lugar, la Sala, se itera, como ya en muchas otras decisiones al respecto, precisa que las excepciones previas o dilatorias, además de taxativas y contempladas en el artículo 100 del C G P; son aquellas que cuestionan el proceso, **no el fondo del asunto y por tanto su objetivo o bien es sanearlo, para un correcto desarrollo del juicio que evite nulidades o decisiones inhibitorias, o bien terminarlo cuando es imposible por su naturaleza seguir con el mismo.**

No obstante, algunas excepciones, atacando el fondo del asunto pueden ser propuestas como previas esto es aquellas denominada mixtas, como la de prescripción y cosa juzgada y desde luego en principio es la parte, pues es su medio de defensa, quien determina como la presenta, en este caso la propuso como previa.

Una segunda precisión es que, así como, puede ser posible diferir la decisión, o el estudio de la excepción de cosa juzgada como excepción de fondo, habiendo sido presentada por la parte, como previa, también puede suceder que resolverse como previa habiéndose presentando como de fondo, pues **nótese y se itera, que esta excepción mixta es de fondo pues ataca el derecho, pero en ocasiones, dice la norma podrá el Juez resolverla como previa o dilatoria y esas ocasiones deben ser analizadas para determinar el momento de su decisión, dando lugar se insiste a que pueda resolverse en la audiencia del art 77 del C P del T y de la S S o la sentencia.**

Entonces, solo puede el Juez resolver **como previa**, la excepción de cosa juzgada que sin duda ataca el derecho, **si encuentra que evidentemente se dan los requisitos de tal figura, sin que exista duda o controversia sobre lo pedido en el proceso inicial, lo que no se da en este caso**, encontrando la Sala que, aunque el Juez, así lo hizo, no es posible pues la duda y controversia al respecto salta a vista.

No sobra insistir en **que la figura de la cosa juzgada como medio exceptivo previo**, tiene como finalidad precaver desgastes innecesarios de la administración de justicia, **al atender conflictos que ya han sido solucionados por una autoridad judicial**. En ese sentido y al tener como consecuencia la terminación instantánea de los procesos, su establecimiento o verificación por los jueces de instancia debe ser rígido, en aras de no vulnerarse derechos de especial protección como los son los de los trabajadores. Es por lo anterior que lo primordial es verificar la existencia de los requisitos indispensables para la configuración de la cosa juzgada, esto es, la identidad jurídica respecto del objeto causa y partes intervinientes, entre los dos procesos; requisitos que, insiste la Sala, deben ser objeto de una verificación estricta, que en este caso no resulta adecuada a dicha exigencia y no lo es y se insiste porque se itera, solo puede el Juez resolver como previa la excepción de cosa juzgada que sin duda ataca el derecho si encuentra que evidentemente se dan los requisitos de tal figura, **sin que exista duda o controversia sobre lo pedido en el proceso inicial**, lo que como ya se dijo en este caso, salta a la vista, no sucede, ya que se trata de definir dos aspectos jurídicos, esto es **la existencia de un conflicto colectivo** para invocar la protección de el derivada, (Fuero circunstancial que da lugar al reintegro); y la ilegalidad **de una de las etapas del conflicto, esto es la huelga**; que fue lo que definió la corte. En ese sentido deberá el Juez estudiar el asunto para definir si las dos cosas se involucran, si son lo mismo si generan la misma consecuencia; asunto que sin duda constituye el fondo del asunto; siendo esta la principal razón por la que esta Sala se ha apartado de otras decisiones de otras Salas de este Tribunal.

Por tanto, al no darse los requisitos para que, en su calidad de excepción mixta, en esta oportunidad pueda resolverse como previa, la Sala modificará la decisión ordenando diferir su estudio para la sentencia, como también al parecer a pesar de su pronunciamiento lo indicó al final del auto.

Sin costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: MODIFICAR el auto apelado según lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, y ordenar al Juez diferir el estudio de la excepción de Cosa Juzgada para la sentencia y continuar con el trámite del proceso.

SEGUNDO: Sin Costas en esta instancia.

Las Partes serán notificadas por EDICTO, teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la S S.



MARLENY RUEDA OLARTE

(En Comisión de Servicios)
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 31-2019-161-01

ASUNTO: CONSULTA DE SENTENCIA

DEMANDANTE: AQUILINO ROMERO BOGOTÁ

DEMANDADO: PETROJOTAS TRANSPORTE LTDA.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los Treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del grado jurisdiccional de consulta a favor de la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 31 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 22 de agosto de 2022

ANTECEDENTES

El señor AQUILINO ROMERO por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE que entre él y la demandada, existió un contrato de trabajo a término indefinido entre el 16 de febrero de 2009 la 30 de septiembre de 2016; como consecuencia de tal declaración solicita se condene a la demandada a efectuar el pago a su favor de cesantías, interés a la cesantía, vacaciones y prima de servicios por el tiempo laborado, junto con intereses moratorios, igualmente peticiona el pago de las indemnizaciones previstas en los artículos 64 y 65 del CST.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que empezó a laborar al servicio de la demandada desde el 16 de febrero de 2009 al 30 de septiembre de 2016, vinculándose por medio de contrato de trabajo a término indefinido para



desempeñar el cargo de auxiliar de mensajería, con un salario de \$1.000.000, que dicha relación laboral se mantuvo vigente hasta el 30 de septiembre de 2016, data para la cual, la demandada la finiquitó sin justa causa, por lo que debe pagar a su favor la indemnización por despido injusto, se le adeuda el pago de cesantías, interés a la cesantía, vacaciones y prima de servicio.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

El curador ad litem designado para la defensa de la demandada, no contestó la acción.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, ABSOLVIÓ a la demandada de las pretensiones incoadas en su contra, condenando en costas al demandante.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando:

Lo primero que tendríamos que entrar a determinar es cuál fue el vínculo jurídico que uniera a las partes; el artículo 22 del CST, define lo que entenderse por contrato de trabajo el artículo 23 consagra los elementos esenciales, siendo éstos servicio personal, subordinación y dependencia y salario, el artículo 24 del CST consagra una presunción, en virtud de la cual se presume que toda relación laboral se encuentra regida por un contrato de trabajo; sobre la carga de la prueba, de la presunción del artículo 24, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación laboral, de vieja data como la sentencia del 31/05/1955, que aparece publicada en la revista derecho del trabajo, número 127, indica lo siguiente: no se crea que quien se presenta a alegar judicialmente el contrato laboral como fuente derecho y causa de obligaciones a su favor, nada tiene que probar y le basta afirmar la prestación de un servicio para que se le considera amparado por la presunción de que trata el artículo 24 del CST, esta presunción, como las demás de su estirpe, parten de la base de la existencia de un hecho cierto indicador sin el cual no se podría llegar al presumido o indicado, este hecho es la relación de trabajo personal de que habla el mismo texto y que consiste, como es sabido en la prestación o ejecución de un servicio personal material o inmaterial continuado dependiente y remunerado.

El Derecho laboral admite libertad probatoria, lo que implica que los supuestos fácticos que constituyen el fundamento de las pretensiones y de las excepciones pueden acreditarse por cualquier medio de prueba, siendo entonces pruebas válidas, la prueba documental, la prueba testimonial y lo confesado por la parte; procedemos entonces a revisar las pruebas obrantes dentro del plenario, con el fin de determinar si el demandante cumplió con su carga, esto es, si acreditó la prestación de un servicio personal a favor de la demandada durante el tiempo que indica existió una relación laboral; a folio 7 del expediente físico, aparece un contrato individual de trabajo a término indefinido, aparece como empleador Petrojotas Transporte Ltda, trabajador Aquilino Romero Bogotá, que tiene fecha de inicio de la relación laboral, 16 de febrero del año 2009, este contrato tiene fecha de firma, 16 de enero del año 2016, del documento obrante al plenario, es claro que no se acredita de manera alguna la prestación de un servicio, simple y llanamente se acredita que las partes firmaron un contrato de trabajo a término indefinido, era carga de la prueba de la parte demandante, acreditar la prestación del servicio con diversos medios de prueba, prueba documental, una certificación laboral del supuesto empleador, una relación de aportes al sistema de seguridad social integral; no obstante lo anterior, se advierte que el demandante goza ya de una pensión conforme a la consulta que fue realizada de oficio, una pensión que le está siendo reconocida por el consorcio Fopep desde el año 2015, UGPP, una pensión de jubilación con un tope máximo



con la Resolución 42117.

Sin embargo, pues no se puede determinar cuáles fueron los tiempos que tuvo el Fopep a efectos de realizar dicho reconocimiento pensional, lo que sí es claro en el caso que nos ocupa es el total desinterés de la parte demandante quien no compareció a la primera audiencia, no compareció la segunda audiencia cuando se había decretado de oficio por esta operadora judicial el interrogatorio, esto con el fin de tener luces sobre qué fue lo que pasó realmente, con el fin de poder determinar cuáles fueron los tiempos que le tuvieron en cuenta para pensionarlo, o poder presuntamente informar al despacho el demandante, poder decretar otras pruebas de oficio pero pues como el demandante ni siquiera asistió, pues nada podía hacer esta operadora judicial, la parte demandante no cumplió con su carga, no probó la prestación del servicio ni siquiera por un día y el documento incorporado al plenario no es suficiente para que esta operadora judicial dé por sentado que existió una prestación de un servicio del demandante a favor de la demandada por el periodo comprendido entre el 16 de febrero del año 2009 hasta el 30 de septiembre del año 2016, por lo que en el caso que nos ocupa deberá absolverse a la demandada de la totalidad de las pretensiones incoadas por el demandante.

CONSIDERACIONES

Sobre el particular, se tiene que la parte actora peticiona la declaratoria de una relación laboral entre el 16 de febrero de 2009 al 30 de septiembre de 2016; para lo cual, como lo adujo la decisión de primer grado, únicamente allegó documental contentiva de contrato de trabajo, que da cuenta de dicha data como de iniciación de labores, habiendo sido suscrito el 16 de enero de 2016.

Frente a lo anterior, observa la sala que para el caso bajo estudio, no se demuestra la prestación del servicio alegada en el interregno temporal señalado, pues si bien se indica que inició el 16 de febrero de 2009, lo que coincide con la documental aportada, lo cierto es que nada permite determinar la fecha de terminación del vínculo alegado y ante la orfandad probatoria de la parte demandante, en acreditar la efectiva prestación del servicio alegada en efecto no es posible activar la presunción de que trata el artículo 24 del CST, ante la inexistencia del hecho indicador y así lo ha reiterado la Sala Laboral de la CSJ entre muchas otras en sentencia SL 672 de 2023, M.P. Gerardo Botero Zuluaga:

Para ello, importa recordar que en temas como el que ahora llama la atención, se ha ilustrado que quien alega su condición de trabajador y acredita la prestación personal del servicio, le asiste una ventaja probatoria consistente en que se presume la existencia de la relación laboral, correspondiéndole entonces al demandado destruir la presunción de que trata el art. 24 del Código Sustantivo del Trabajo, demostrando de que la labor se realizó en forma autónoma, independiente y no subordinada.



En ese orden, surge manifiesto que no le asiste razón al demandante cuando pretende derivar de su simple afirmación impositiva de haber laborado al servicio de la accionada, sin que acredite la real y efectiva prestación personal del servicio, el que se imponga la presunción del referida, y por ende, la obligación de desvirtuarla a quien se señala como supuesto empleador. (Negrilla fuera del texto original)

Conforme lo señalado en precedencia, la única documental aportada al respecto, no permite acreditar la prestación del servicio alegada, aunado a ello, fue tanto el desinterés de la parte actora en probar sus afirmaciones que tampoco asistió a las audiencias surtidas durante el trámite procesal para ser escuchado en interrogatorio y así obtener alguna claridad respecto a la vinculación alegada, circunstancias que no permiten de ninguna manera acceder a lo pretendido, debiéndose **confirmar** la sentencia consultada.

Sin costas en el grado jurisdiccional.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia consultada, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.

SEGUNDO: SIN COSTAS en el grado jurisdiccional.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA



(En Comisión de Servicios)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO

MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 31-2022-023-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: OLGA LUCÍA LUQUE LÓPEZ
DEMANDADO: COLPENSIONES Y OTRO

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

RECONÓZCASE PERSONERÍA a la Doctora AMALIA LOAIZA, identificada como aparece al pie de su firma, en documental contentiva de poder; en calidad de apoderada de la demandada Colpensiones, en los términos y para los efectos del poder de sustitución conferido.

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por las demandadas Colpensiones y Porvenir S.A., revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Uno Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 22 de agosto de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Porvenir S.A., Colpensiones y las de la parte demandante.

ANTECEDENTES

La señora OLGA LUCÍA LUQUE LÓPEZ por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE la ineficacia del traslado del RPM al RAIS a través de Porvenir S.A., y que siempre ha estado válidamente afiliado a Colpensiones sin solución de continuidad.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202200023-01 Dte: OLGA LUCÍA LUQUE LÓPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a Porvenir S.A., a devolver al RPM todos los valores que hubiese recibido por motivo de la afiliación, como cotizaciones, bonos pensionales, sumas de las aseguradoras, con todos sus frutos como rendimientos financieros, intereses y gastos administrativos, y a Colpensiones a validar los aportes en pensiones trasladados por Porvenir S.A., y a incorporarlos en su historia laboral. Por último, solicita se condene en costas y agencias en derecho a las entidades demandadas.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que fue trasladada del RPM al RAIS el 1 de abril de 2006, que suscribió contrato de traslado al RAIS pero se omitió la obligación del buen consejo por parte del RAIS, al no brindarle una información clara y completa de los beneficios, contras y/o consecuencias del traslado, que el 12 de enero de 2022, solicitó al RAIS la información de su pensión y la aceptación del posible traslado, que el 22 de diciembre de 2021, pidió a Colpensiones la aceptación del traslado, recibiendo respuesta negativa el 28 de diciembre del mismo año.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda, **Colpensiones**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó los contenidos en numerales 3 y 4 y manifestó no constarle los demás. Propuso las excepciones de fondo 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 e innominada o genérica.

Por su parte, **Porvenir S.A.**, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, respecto de los hechos aceptó el contenido en numeral 3, no constarle el No. 4 y negó los demás. Propuso las excepciones de fondo que denominó prescripción, prescripción de la acción de nulidad, cobro de lo no debido por ausencia de causa e inexistencia de la obligación y buena fe.



Tribunal Superior Bogotá

*Proceso Ordinario Laboral No. 31202200023-01 Dte: OLGA LUCÍA LUQUE LÓPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO***DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA**

El Juzgado de conocimiento, resolvió:

PRIMERO: DECLARAR la ineficacia del traslado de régimen realizado por OLGA LUCÍA LUQUE LÓPEZ del RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA al RÉGIMEN DE AHORRO INDIVIDUAL CON SOLIDARIDAD, teniéndola como válidamente afiliada en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDO DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A. a trasladar a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES la totalidad de sumas de dinero que recibió de OLGA LUCÍA LUQUE LÓPEZ por concepto de aportes, junto con sus intereses y frutos civiles, sin que pueda descontar suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración y seguros, entre otros.

TERCERO: CONDENAR a la ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES a recibir a la demandante OLGA LUCÍA LUQUE LÓPEZ en el RÉGIMEN DE PRIMA MEDIA CON PRESTACIÓN DEFINIDA como si nunca se hubiese trasladado de régimen.

CUARTO: CONDENAR a la demandada SOCIEDAD ADMINISTRADORA DE FONDOS DE PENSIONES Y CESANTÍAS PORVENIR S. A. al pago de costas y agencias en derecho en cuantía de CIENTO MIL PESOS (\$100.000,00), sin costas ni agencias en derecho a cargo de ADMINISTRADORA COLOMBIANA DE PENSIONES - COLPENSIONES.

Fundamentó su decisión la Juez de primer grado señalando en síntesis dentro de los documentos incorporados al plenario aparece un derecho de petición radicado ante Colpensiones el 23 de diciembre de 2021, acreditándose de esta manera el cumplimiento del requisito de procedibilidad.

Al revisar los documentos incorporados al plenario aparece un historial de vinculaciones SIAFP se indica que la demandante se encuentra afiliada actualmente en el RAIS, aparecen dos formularios diligenciados con Porvenir, los dos corresponden a un traslado de régimen, el primero es del año 2004, el otro del año 2006, en el historial de vinculaciones de la demandante aparece que ella se encuentra vinculada con Porvenir desde el año 2004. Con las pruebas incorporadas, esto es el formulario 01992318 del 1 de marzo de 2004, y la certificación de afiliación expedida por Porvenir S.A., aparentemente se cumplieron a cabalidad la totalidad de presupuestos normativos vigentes, esto es claro que la demandante diligenció y firmó el formulario dispuesto para el efecto por la Superintendencia Bancaria. No obstante lo anterior, el caso debe ser analizado a la luz de lo señalado por la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral en Sentencias como



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202200023-01 Dte: OLGA LUCÍA LUQUE LÓPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

la SL 1452 de 2019, Radicación 68852 en donde se indicó lo siguiente: 1. El deber de información a cargo de las administradoras de fondos de pensiones: Un deber exigible desde su creación. En efecto, la jurisprudencia del trabajo ha entendido que la expresión libre y voluntaria del literal b), artículo 13 de la Ley 100 de 1993, necesariamente presupone conocimiento, lo cual solo es posible alcanzar cuando se saben a plenitud las consecuencias de una decisión de esta índole. De esta forma, la Corte ha dicho que no puede alegarse que existe una manifestación libre y voluntaria cuando las personas desconocen sobre la incidencia que aquella pueda tener frente a sus derechos prestacionales, ni puede estimarse satisfecho tal requisito con una simple expresión genérica; de allí que desde el inicio haya correspondido a las Administradoras de Fondos de Pensiones dar cuenta de que documentaron clara y suficientemente los efectos que acarrea el cambio de régimen, so pena de declarar ineficaz ese tránsito; 2. El simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente – Necesidad de un consentimiento informado. La Sala considera desacertada esta tesis, en la medida que la firma del formulario, al igual que las afirmaciones consignadas en los formatos preimpresos de los fondos de pensiones, tales como la afiliación se hace libre y voluntaria, se ha efectuado libre, espontánea y sin presiones u otro tipo de leyendas de este tipo o aseveraciones, no son suficientes para dar por demostrado el deber de información. A lo sumo, acreditan un consentimiento, pero no informado. (...) 3. De la carga de la prueba – Inversión a favor del afiliado. Según lo expuesto precedentemente, es la demostración de un consentimiento informado en el traslado de régimen, el que tiene la virtud de generar en el juzgador la convicción de que ese contrato de aseguramiento goza de plena validez. Bajo tal premisa, frente al tema puntual de a quién le corresponde demostrarla, debe precisarse que si el afiliado alega que no recibió la información debida cuando se afilió, ello corresponde a un supuesto negativo que no puede demostrarse materialmente por quien lo invoca.

Al revisar la prueba documental que milita dentro del expediente aparece la certificación de afiliación de Porvenir y dos formularios de traslado de régimen pero de estos documentos no puede inferirse válidamente que se le dio a la demandante la información necesaria requerida y suficiente en el momento de traslado de régimen, en el interrogatorio de parte que absolvió la demandante, ella se limitó a negar cualquier tipo de información, niega hasta que se trasladó, circunstancia que a todas luces aplicando las reglas



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202200023-01 Dte: OLGA LUCÍA LUQUE LÓPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

de la sana crítica, es claro que miente pero de lo manifestado por la demandante ella no confiesa de manera alguna que se le haya suministrado la información requerida en los términos señalados en la Sentencia SL 1452 de 2019, ni en los reiterados pronunciamientos posteriores de la Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Laboral.

No obstante que la demandante en el interrogatorio mintió bajo la gravedad de juramento, deberá acogerse el concepto rendido por la Procuradora Laura Margarita Manotas González y declararse la ineficacia del traslado de régimen de la demandante que realizó del RPM al RAIS y como consecuencia condenarse a Porvenir S.A., a que traslade a Colpensiones la totalidad de sumas de dinero que recibió de la demandante por concepto de aportes junto con sus rendimientos y frutos civiles sin que pueda descontarse suma alguna de dinero por concepto de gastos de administración y seguros, entre otros. Igualmente, deberá condenarse a Colpensiones a recibir a la demandante en el RPM como si nunca se hubiese trasladado de régimen.

RECURSOS DE APELACIÓN

La demandada **Colpensiones** recurrió señalando que la demandante no tendría el derecho a reintegrarse al RPM por las consideraciones del artículo 2 de la Ley 797 de 2003, y así mismo por lo manifestado en el interrogatorio, por un lado, no se observan vicios del consentimiento que permitan definir que su afiliación al RAIS preste mérito para declarar su nulidad, y contrario a ello, se estima cumplido el deber de información suscrito tanto para el año 2004, como posteriormente cuando perfeccionó su traslado en el año 2006.

Aunado a lo anterior, el accionante en consideración al margen de tiempo en que se ha encontrado plenamente vinculada en el RAIS, ha dejado una señal nítida y clara de su intención de permanecer bajo la cobertura de este sistema con todo lo que ello implica, esto en atención a lo manifestado por la Corte Suprema de Justicia en Sentencia SL 413 de 2018.

La demandada **Porvenir S.A.**, indicó que la afiliación cumplió con todos los requisitos vigentes al momento de dicho traslado respecto a lo cual se debe tener en cuenta la normatividad que se encontraba vigente y por ende exigible a Porvenir S.A., para dicho momento, es decir para los años 2004 y 2006, razón por la cual no es válido o no es procedente que se haya realizado



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202200023-01 Dte: OLGA LUCÍA LUQUE LÓPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

una aplicación retroactiva de la norma, por cuanto se debe tener en cuenta que es tan sólo a partir del 1 de julio de 2010, que se considera como obligatorio para las AFP privadas informar por escrito beneficios de cada uno de los regímenes e informar el monto de la pensión. Además, según lo establecido en múltiples conceptos y circulares referentes a la materia objeto de análisis, se considera como perfectamente admisible que la información a quien quería vincularse al RAIS se suministrara de manera verbal, no dejando de ser así como catalogada completa, transparente y veraz.

Por lo anterior, la decisión de la señora Olga Lucía Luque López fue totalmente consciente y espontánea sin ningún tipo de presión o coacción, en la medida que recibió toda la información pertinente al momento de su vinculación de manera verbal, seguidamente suscribió formulario de afiliación que cumplía con todos los requisitos establecidos por la Superintendencia, así como con lo señalado en el artículo 11 del Decreto 692 de 1994, y finalmente así como al hecho de que con su firma y diligenciamiento de dicho formulario de afiliación se considera como una manifestación inequívoca de la realidad del momento.

Respecto a la prescripción presentada como excepción, contrario a lo manifestado en la parte considerativa del Juzgado, las acciones para reclamar la ineficacia si se encuentran prescritas si se tiene en cuenta lo establecido en los artículos 1750 del Código Civil, 151 del CPTSS y 488 del CST, respecto a lo cual se debe tener de presente que en ningún momento se ha cuestionado el acceso al derecho pensional de la demandante, por cuanto una cosa es referirse a la consolidación del mismo, lo cual podrá realizarlo dentro del régimen al cual se encuentra afiliada, es decir, al RAIS y otra muy distinta sea la ineficacia de dicho acto, lo cual finalmente definirá bajo cual régimen dicho derecho se ejercerá.

En relación a las condenas impuestas, la devolución de los gastos de administración no resulta procedente ordenar el reembolso de dichos gastos por cuanto los mismos cumplieron con una destinación legal específica, la cual correspondió a financiar la correcta administración de los recursos de la cuenta individual de la demandante, lo que le permitió obtener los respectivos rendimientos, de forma tal que los montos correspondientes por gastos de administración ya fueron utilizados para los fines previstos y no se encuentran en poder de Porvenir S.A., para ser devueltos. Bajo el mismo



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202200023-01 Dte: OLGA LUCÍA LUQUE LÓPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

sentido la condena impuesta a devolver las sumas correspondientes por la aseguradora, con relación a las sumas de seguros previsionales no resulta procedente la devolución de dichos conceptos por cuanto no se encuentran en poder de Porvenir S.A., sino en el de la compañía aseguradora que se contrató para la cobertura de las contingencias de invalidez y muerte. Adicionalmente, la destinación de dichas sumas también cumplieron con su objetivo y, en consecuencia, aquellas ya se agotaron y extinguieron, razón por la cual la cobertura que brindó la respectiva compañía de seguros ya se hizo efectiva y no puede retrotraerse en el tiempo por ser material y jurídicamente imposible.

En cuanto a la devolución de los rendimientos no resulta procedente dicha condena, por cuanto en el RAIS los aportes de los afiliados si generan estos rendimientos, respecto que en el RPM no se configura precisamente por tratarse de un fondo común, razón por la cual al haberse declarado la ineficacia del traslado de régimen pensional efectuado por la demandante y conforme con los efectos jurídicos de estas figuras no habría lugar a devolver los rendimientos por cuanto se entendería que la demandante entonces nunca habría estado afiliada al RAIS y, por ende, jamás se generaron los rendimientos aducidos.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver los recursos planteados, se tiene que lo pretendido por la señora OLGA LUCÍA LUQUE LÓPEZ, se circunscribe a la declaratoria de ineficacia de la afiliación que efectuara al Régimen de Ahorro Individual con Solidaridad, mediante formulario suscrito con Porvenir S.A., el 1 de marzo de 2004, como se verifica de copia del mismo, allegado por la demandada en mención y visible en expediente digital.

En este orden, la figura de la ineficacia del traslado de régimen pensional, ha sido objeto de amplio desarrollo jurisprudencial por parte de la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, que en sentencia con radicado No. 33083 de 2011, criterio reiterado en sentencia radicado 46292 del 18 de octubre de 2017 y recientemente en sentencia 54818 del 14 de noviembre de 2018; M.P. Gerardo Botero Zuluaga; en las que indicó que la responsabilidad de las administradoras de pensiones era de carácter profesional, que la misma debía comprender todas las etapas del proceso,



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202200023-01 Dte: OLGA LUCÍA LUQUE LÓPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

desde la antesala de la afiliación hasta la determinación de las condiciones para el disfrute pensional y que las administradoras de pensiones tenían el deber de proporcionar a sus interesados una información completa y comprensible a la medida de la asimetría que se había de salvar entre un administrador experto y un afiliado lego en materias de alta complejidad.

Así las cosas, para que en realidad se considere que el traslado de régimen pensional estuvo precedido de voluntad y deseo de cambio por parte del afiliado del régimen de prima media con prestación definida, se requiere entonces que la Administradora del Régimen de Ahorro Individual le suministre una información completa sobre las condiciones específicas de su situación pensional, lo que implica no solamente lo favorable, sino todo aquello que puede perder o serle lesivo de aceptar un traslado.

Es así como en casos, **la carga de la prueba se invierte en favor del afiliado**; por el tipo de responsabilidad que se le endilga a estas entidades sobre las que pesa un mayor conocimiento profesional y técnico en materia pensional respecto de quienes simplemente buscan es la protección de los riesgos de vejez, invalidez o muerte sin prestarle mayor atención a conceptos científicos o legales, es por ello entonces que **las Administradoras son quienes deben demostrar el suministro completo y veraz al afiliado para que se pueda concluir que fue en realidad deseo del éste aceptar las condiciones de traslado para evitar precisamente que posteriormente alegue algún tipo de engaño**, el que no sólo se produce en lo que se afirma, sino en los silencios que guarda el profesional que ha de tener la iniciativa en proporcionar todo aquello que resulte relevante para la toma de decisión que se persigue, conocimiento que no se puede comparar al de la demandante.

De las pruebas aportadas al expediente, se tiene que contrario a lo afirmado por las recurrentes Colpensiones y Porvenir S.A., ninguna de ellas da cuenta respecto que a la señora Olga Lucía Luque, se le hubiera brindado alguna información o comparativo respecto del régimen de prima media, al momento de su traslado inicial al RAIS en el año 2004; por lo que se debe dar por demostrado que la demandada Porvenir S.A., AFP a la que se trasladó la demandante, faltó al deber de información pues debió indicarle en forma clara todo aquello que resulta relevante para la toma de decisión, tanto lo favorable como o desfavorable; no pudiéndose afirmar que dicha decisión fue



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202200023-01 Dte: OLGA LUCÍA LUQUE LÓPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

libre y voluntaria como lo manifiesta esta AFP en su recurso, como quiera que la actora no conocía respecto de las reales implicaciones de dicho traslado, pues tal cuestión, se itera, no se probó.

El deber de información en los términos anteriores, fue reiterado en reciente pronunciamiento del 8 de mayo de 2019, SL 1689 de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, en dicha indicó esa Alta Corporación:

“Sobre el particular, en reciente sentencia CSJ SL1452-2019, esta Sala se ocupó de analizar: (i) la obligación de información que tienen las administradoras de fondos de pensiones, (ii) si tal deber se entiende satisfecho con el diligenciamiento del formato de afiliación, (iii) quién tiene la carga de la prueba en estos eventos y (iv) si la ineficacia de la afiliación solo tiene cabida cuando el afiliado cuenta con una expectativa de pensión o un derecho causado.

En ese orden, concluyó que:

(i) Las AFP, desde su creación, tenían el deber de brindar información a los afiliados o usuarios del sistema pensional, a fin de que estos pudiesen adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional -artículos 13 literal b), 271 y 272 de la Ley 100 de 1993, 97, numeral 1.º del Decreto 663 de 1993, modificado por el artículo 23 de la Ley 797 de 2003 y demás disposiciones constitucionales relativas al derecho a la información, no menoscabo de derechos laborales y autonomía personal. Posteriormente, se agregó a dicho deber la obligación de otorgar asesoría y buen consejo -artículo 3.º, literal c) de la Ley 1328 de 2009, Decreto 2241 de 2010- y, finalmente, se impuso la exigencia de doble asesoría -Ley 1748 de 2014, artículo 3.º del Decreto 2071 de 2015, Circular Externa n.º 016 de 2016 de la Superintendencia Financiera. Obligaciones que deben ser acatadas en un todo, a fin de que los usuarios del sistema puedan adoptar una decisión consciente y realmente libre sobre su futuro pensional.

(ii) En el campo de la seguridad social, existe un verdadero e ineludible deber de obtener un consentimiento informado (CSJ SL19447-2017), pues dicho procedimiento garantiza, antes de aceptar un ofrecimiento o un servicio, que el usuario comprende las condiciones, riesgos y consecuencias de su afiliación al régimen; esto es que, previamente a tal acto, aquel recibió información clara, cierta, comprensible y oportuna. Luego, el simple consentimiento vertido en el formulario de afiliación es insuficiente para dar por demostrado el deber de información.

(iii) La aseveración del afiliado de no haber recibido información corresponde a un supuesto negativo indefinido que solo puede desvirtuarlo el fondo de pensiones mediante la prueba que acredite que cumplió esta obligación, por cuanto la documentación soporte del traslado debe conservarla en sus archivos, y en tanto es la obligada a observar el deber de brindar información y probar ante las autoridades administrativas y judiciales su pleno cumplimiento”. (Negrilla fuera del texto original)

Con sujeción al criterio jurisprudencial en cita, que resulta vinculante por ser proferido por el organismo de cierre de esta jurisdicción, se logra determinar que contrario a lo afirmado por la recurrente Porvenir S.A., en recurso y alegaciones, este ha sido enfático en señalar que el deber de



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202200023-01 Dte: OLGA LUCÍA LUQUE LÓPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

información tantas veces citado, está previsto en el ordenamiento legal desde la misma **creación** de las AFP, de manera que sí le correspondía a Porvenir S.A., probar el suministro de dicha información a la señora Olga Luque López, desde la fecha en que esta suscribió el formulario de afiliación ante dicha administradora, deber que no se suple con el formulario, documental que no resulta suficiente para concluir que se le hubiera brindado a la actora toda la información referente a su traslado pensional previo a suscribir dicho formulario de afiliación, máxime cuando de él sólo se desprenden los datos personales de la afiliada y ningún dato relevante a su situación pensional.

De otra parte, contrario a lo manifestado por Colpensiones, en su recurso y alegaciones, no es de resorte de la demandante, probar vicio del consentimiento alguno, por cuanto en la acción judicial objeto de pronunciamiento, como se señaló, se estudia bajo la óptica de la **ineficacia** caso en el cual, no se requiere existencia de vicio alguno del consentimiento, pues ello es propio de la figura de la nulidad, así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia radicado No. 68852 del 9 de octubre de 2019, M.P. Clara Cecilia Dueñas, oportunidad en que indicó:

En las sentencias CSJ SL1688-2019, CSJ SL1689-2019 y CSJ SL3464-2019 esta Sala precisó que la sanción impuesta por el ordenamiento jurídico a la afiliación desinformada es la ineffectividad en sentido estricto o exclusión de todo efecto al traslado. Por ello, el examen del acto de cambio de régimen pensional, por transgresión del deber de información, debe abordarse desde esta institución y no desde el régimen de las nulidades o inexistencia.

Por otro lado y respecto al argumento de la recurrente Porvenir S.A., esbozado en su recurso referente al traslado de los gastos de administración y rendimientos, se tiene que los mismos son susceptibles de dicho traslado, así como los demás recursos objeto de pronunciamiento por la Juzgadora de primer grado como lo ha reiterado la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia entre otras en sentencias SL 1421 del 10 de abril de 2019 y SL 4989 del 14 de noviembre de 2018, M.P. Gerardo Botero Zuluaga, y en una más reciente, SL 2884 del 23 de junio de 2021, M.P. Luis Benedicto Herrera, reiteró:

*También se ha dicho por la Sala que como la declaratoria de ineffectividad tiene efectos ex tunc (desde siempre), las cosas deben retrotraerse a su estado anterior, como si el acto de afiliación jamás hubiera existido. **Tal declaratoria implica que los fondos***



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202200023-01 Dte: OLGA LUCÍA LUQUE LÓPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

privados de pensiones deban trasladar a Colpensiones la totalidad del capital ahorrado junto con los rendimientos financieros, aportes para el fondo de garantía de pensión mínima, comisiones y gastos de administración debidamente indexados, con cargo a sus propias utilidades, pues desde el nacimiento del acto ineficaz, estos recursos han debido ingresar al RPMPD administrado por Colpensiones. (Negrilla fuera del texto original).

Lo anterior por cuanto en virtud de los efectos de la ineficacia, se considera que dicho traslado de régimen **no existió** y por ende, no resulta de recibo que la AFP se beneficie de unos dineros que no debió haber recibido y que fueron erogaciones realizadas a los aportes del afiliado.

Sobre este tópico, se tiene que el concepto a que alude Porvenir S.A., emanado por la Superintendencia Financiera, no ostentan el carácter de vinculante, pues tal carácter sólo lo poseen los proferidos por la Corte Suprema de Justicia como órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria.

Respecto a la permanencia de la actora en el RAIS y los traslados horizontales dentro de este, se tiene que contrario a lo manifestado por las recurrentes, la Sala Laboral de la CSJ ha sido enfática en señalar entre otras en la sentencia SL 1688-2019 que así el afiliado haya realizado traslados horizontales dentro del RAIS o permanecido con el paso de tiempo en dicho régimen, tales actos no tienen la virtualidad o aptitud de subsanar el incumplimiento de la obligación de información en que incurrió la AFP inicial al momento del traslado, por lo tanto con ellos no se sana la falta de información, postura que se mantiene y que fuera reiterada nuevamente en la sentencia SL3199-2021.

De otra parte y si bien la demandante se encuentra inmerso en la prohibición de traslado de que trata la Ley 797 de 2003 como lo reitera Colpensiones en sus alegaciones, nada impedía que interpusiera esta acción alegando la falta al deber de información, que es lo que habilita para estudiar la validez de su traslado en sede judicial y en tanto como bien lo indicó la decisión de primer grado, esta acción por tener relación intrínseca con derechos pensionales, resulta **imprescriptible**, y la omisión bajo estudio contrario a lo indicado por la recurrente Colpensiones, **no se sana con el paso del tiempo**, ya que se itera, desde su nacimiento el acto de traslado se reputa ineficaz al no mediar la información necesaria al efecto, razón por la cual sobre este punto, tampoco se acoge el argumento de Porvenir en cuanto a la prescripción.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202200023-01 Dte: OLGA LUCÍA LUQUE LÓPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Es así como, al no haber prueba de que se le haya puesto de presente a la demandante las ventajas y desventajas de pertenecer a uno u otro régimen pensional, **al momento del traslado al RAIS en el año 2004**, resulta forzoso concluir que no le fue brindada a esta de manera completa toda la información a este respecto, por lo que el traslado antedicho, contrario a lo señalado por Porvenir S.A., en sus alegaciones, no se puede considerar libre y voluntario; circunstancia que impone **confirmar** la sentencia de primer grado respecto de la declaratoria de ineficacia y sus consecuencias.

Finalmente, se considera que hay lugar a DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante, en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados, aspecto en que se **adicionará** la sentencia recurrida.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO: ADICIONAR la sentencia recurrida en el sentido de DECLARAR que COLPENSIONES puede obtener, por las vías judiciales pertinentes, el valor de los perjuicios que pueda sufrir en el momento que deba asumir la obligación pensional del demandante en montos no previstos y sin las reservas dispuestas para el efecto, originados en la omisión en la que incurrió el y/o los fondos de pensiones demandados.

SEGUNDO: CONFIRMAR en todo lo demás la sentencia objeto de recurso.

TERCERO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.



Tribunal Superior Bogotá

Proceso Ordinario Laboral No. 31202200023-01 Dte: OLGA LUCÍA LUQUE LÓPEZ Ddo.: COLPENSIONES Y OTRO

Los Magistrados,

A stylized, cursive signature in black ink, consisting of a large loop followed by a horizontal line and a short vertical stroke.

MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

(En Comisión de Servicios)
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO

A stylized, cursive signature in black ink, featuring a large loop and a horizontal line.

LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL**

PROCESO ORDINARIO No. 32-2019-066-01

ASUNTO: APELACION SENTENCIA

**DEMANDANTE: CARLOS GUILLERMO TAPIAS COTE JOSÉ
FÉLIX DAZA CAMARGO HILDA MARINA GONZÁLEZ
QUINTERO MARIA CRISTINA PÉREZ LÓPEZ**

**DEMANDADO: FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE
COLOMBIA**

**MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE**

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

S E N T E N C I A

Los señores **CARLOS GUILLERMO TAPIAS COTE, JOSÉ FÉLIX DAZA CAMARGO, HILDA MARINA GONZÁLEZ QUINTERO, MARIA CRISTINA PÉREZ LÓPEZ**, mediante apoderado instauraron demanda en contra de **FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA**, para que mediante el trámite de un proceso laboral se declare la existencia de contrato de trabajo, la ilegalidad e ineficacia del despido conforme a la convención y en consecuencia el reintegro, pago de salarios y prestaciones derivadas del mismo, indexación extra y ultra petita, costas. En forma subsidiaria solicitan indemnización por despido, indexación, saldo de prestaciones, moratoria costas. (Expediente Digital).

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recibieron vía correo electrónico las de ambas partes, la demandada, solicita se confirme la decisión de primer grado.

HECHOS

Como fundamento de las pretensiones afirman en síntesis que los demandantes JOSE FELIX DAZA CAMARGO, CARLOS GUILLERMO TAPIAS COTE, MARIA CRISTINA PEREZ LOPEZ y HILDA MARINA GONZALEZ QUINTERO laboraron como profesores al servicio de la FUNDACION UNIVERSIDAD AUTONOMA DE COLOMBIA, mediante contrato de trabajo a término indefinido, que los mencionados profesores hacen parte de un gran grupo de 63 docentes a quienes mediante carta de despido colectivo fechada diciembre 05 de 2016, les fue terminada por la demandada FUNDACION UNIVERSIDAD AUTONOMA DE COLOMBIA la relación laboral a partir del 22 de diciembre del 2016, que los demandantes, a la fecha de su despido eran socios activos de la organización sindical denominada SINDICATO DE PROFESORES DE LA FUNDACION UNIVERSIDAD AUTONOMA DE COLOMBIA "SINPROFUAC" que la causal aducida para el despido de los mencionados docentes, fue la de estar disfrutando de pensión de vejez que la demandada FUNDACION UNIVERSIDAD AUTONOMA DE COLOMBIA, tenía conocimiento que los profesores demandantes desde hacía algunos años, disfrutaban de su pensión de vejez que el 4 de octubre de 2016 mediante acta 1925, la demandada ordenó la cancelación de los contratos de trabajo de los citados profesores, que la convención colectiva de trabajo establece un procedimiento para cualquier despido que se produzca sin distinguir la causal invocada, que el despido de los demandantes se produjo con evidente violación a la convención colectiva de trabajo, que los demandantes no fueron llamados a la comisión de estabilidad como lo establece la convención colectiva de trabajo para poder terminar el contrato de trabajo que los demandantes estaban protegidos no solo por la convención, sino por el reglamento de la comisión de estabilidad, que la universidad violó en consecuencia, estas dos normas que mediante tutela se ordenó dejar si efectos las medidas tomadas por la universidad, decisión tomada por el Juez 5 penal municipal con con función e control de garantías, que fue impugnada y el juzgado 18 penal de circuito con función de garantía resolvió revocar la decisión, expresando que el juez natural para resolver era el laboral, ante ello la universidad nuevamente desvincula a los demandantes. (Expediente Digital)

La demanda fue contestada mediante apoderado, quien se opuso a las pretensiones afirmando que no es cierto que exista un procedimiento para todas las causales y es una interpretación fraccionada de las normas. En ese orden niega en su mayoría esos hechos. Acepta que los contratos fueron a término indefinido, pero reitera que no se violó la convención, agrega que los contratos se terminaron con justa causa y no hay lugar al reintegro. Propuso las excepciones de ineptitud de la demanda, cobro de lo no debido, buena fe, compensación. (Expediente Digitalizado).

Tramitada la primera instancia, el Juez 32 Laboral del Circuito de Bogotá profirió sentencia, el 17 de agosto de 2022 por medio de la cual resolvió:

“PRIMERO. DECLARAR PROBADA la excepción de cobro de lo no debido formulada por la demandada, conforme las consideraciones expuestas.

SEGUNDO. ABSOLVER a la demandada FUNDACIÓN UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE COLOMBIA de todas y cada una de las pretensiones incoadas en su contra por los demandantes JOSÉ FÉLIX DAZA CAMARGO, CARLOS GUILLERMO TAPIAS COTE, MARIA CRISTINA PÉREZ LÓPEZ e HILDA MARINA GONZÁLEZ QUINTERO.

TERCERO. CONDENAR en costas a los demandantes y a favor de la demandada, tásense por secretaría incluyendo como agencias en derecho una suma equivalente a un (01) smlmv por cada uno de los demandantes”

Para llegar a esa conclusión y en síntesis afirmó el Juez: “...Para resolver la siguiente controversia como ya se señaló en el recuento fáctico, no existe controversia en el presente caso sobre la vinculación laboral de los demandantes con la demandada, así como tampoco existe controversia sobre la terminación del vínculo laboral y que la causal invocada para dar por terminados los contratos de trabajo fue el reconocimiento de la pensión de vejez o jubilación a cada uno de los demandantes, como tampoco existe controversia sobre la calidad de o la condición de pensionados de cada uno de los demandantes, estos aspectos están debidamente acreditados en el proceso y es así como se puede observar en el expediente en el caso del señor José Félix Camargo Certificación a folio 65 del archivo 01 del expediente digital que da cuenta de la vinculación inicialmente mediante contrato a término fijo como profesor de cátedra desde el 10 de abril de 1996 y con diferentes contratos hasta el 21 de julio de 1999 y posteriormente contrato de trabajo a término indefinido o profesor de cátedra desde el 26 de julio de 1999 hasta el 5 abril del año 2017; así mismo a folio 66 hasta el folio 80 del archivo 01, copia de la resolución GNR 341742 del 5 de diciembre de 2013 mediante la cual Colpensiones reconoce una pensión de vejez a partir del 1 de diciembre de 2013, a folio 82 del archivo 01 certificación expedida por Sinprofuac en la que da cuenta de la afiliación del señor José Félix Camargo a dicha organización sindical, así como también comunicación del 5 de abril de 2017, inicialmente comunicación del 20 de enero de 2017 a folio 63 del archivo 01 en la que se le informa al señor José Félix Plaza Camargo que se da por terminado su contrato de trabajo en atención al reconocimiento de la pensión por parte de Colpensiones, señalándose en esta comunicación que el contrato de trabajo se daría por terminado a partir del 10 de febrero de 2017 y a folio 64 comunicación del 5 de abril de 2017 en la que se le informa al señor Daza Camargo y con ocasión de la revocatoria del fallo de tutela en la que se había ordenado el reintegro, que por ende queda sin efectos el reintegro que se había producido a partir del 5 de abril de 2017 y por lo tanto, procederían al pago de los salarios y prestaciones sociales a que hubiere lugar, para el caso del demandante, Carlos Guillermo Tapia Escote, obra certificación a folio 85 del archivo 01 del expediente digital, que da cuenta de los pagos realizados al demandante con ocasión del contrato de trabajo que existió, así como la orden de reintegro y los pagos realizados con ocasión de la orden de reintegro proferida por el juez de tutela y que posteriormente fue revocada, a folios 90 hasta folio 93 obra copia de la resolución GNR 205394 del 9 de julio de 2015, mediante la cual se le reconoció la pensión de vejez al demandante a partir del 1 de julio de 2015 a folio 94 del archivo 01, certificación expedida por Sinprofuac, donde da cuenta que el señor Carlos Guillermo Tapia, es afiliado a dicha organización sindical y beneficiario de la Convención colectiva de trabajo a folio 83, comunicación del 5 de diciembre de 2016, mediante la cual le da por terminado su contrato de trabajo con ocasión del reconocimiento de la pensión de vejez, a folio 84 el archivo 01, comunicación en la que le informan que el fallo de tutela fue revocado y quedó sin efectos la orden de reintegro. Para el caso de la señora María Cristina Pérez López a folio 97 del

archivo 01, certificación en la que se acredita que estuvo vinculada a la Universidad con contrato a término indefinido desde el 1 de febrero de 1979 hasta el 5 de abril del año 2017, copia de su contrato de trabajo folio 99 del archivo 01 a folio 100 a 103 del archivo 01, copia de la resolución, 037965 del 24 de octubre de 2011, mediante la cual el ISS le reconoció una pensión de vejez y resolución mediante la cual accedió a reliquidar la pensión de vejez que le había sido reconocida desde el 1 de septiembre del año 2008, a folio 104 certificación de Sinprofuac, acreditación en calidad de afiliado a la organización sindical, a folio 95 del archivo 01, comunicación del 5 de diciembre de 2016, mediante la cual le dieron por terminado su contrato de trabajo a partir 22 de diciembre de 2016, a folio 96 del archivo 01, comunicación mediante la cual le informan que a la vez es revocado el fallo de tutela que habían amparado los derechos fundamentales, queda sin efectos el reintegro y en el caso de la señora Hilda Marina González, certificación folio 107 hasta el 109 del archivo 01, que da cuenta de la vinculación como docente, inicialmente por contrato a término fijo desde el 29 de enero de 2001 y posteriormente con contrato a término indefinido desde el 1 de enero de 2004 y hasta el 22 diciembre de 2016, folio 111 a 112 del archivo 01, copia del contrato de trabajo a término indefinido suscrito entre Hilda Marina y la Fundación Universidad Autónoma de Colombia a folio 113 a 114 del archivo 01, Copia de la resolución número 024126 del 28 de mayo 2009, mediante la cual se le reconoció la pensión de vejez a partir del 1 de junio de 2009, a folio 115 certificación expedida por Sinprofuac, a folios 105 y 106 comunicaciones del 5 de diciembre de 2016 y el 5 de abril de 2017, en las cuáles se le informa inicialmente a la demandante que el contrato de trabajo a término indefinido terminaría el 22 de diciembre de 2016 en atención al reconocimiento de la pensión de vejez y la segunda de las comunicaciones citadas, en la que se le informa que ha quedado sin efecto el fallo de tutela y por ende el reintegro que se había ordenado, a folios 116 hasta el 126 y del 138 al 176 obran las tutelas de primera y segunda instancia dentro del radicado 2017 021 que inicialmente amparo con derecho fundamentales invocados por Sinprofuac y posteriormente decisión que fue revocada en segunda instancia, así como a folios 177 hasta el folio 212 del archivo 01, obra el escrito de tutela que en su momento se promovió por Sinprofuac contra la Fundación Universidad Autónoma de Colombia. Como quiera o reiterando entonces que los anteriores hechos no son materia de controversia y como quiera que la controversia estriba sobre la presunta vulneración del acuerdo convencional, específicamente al no haberse tramitado ante la Comisión de estabilidad el conocimiento y decisión sobre la justa causa invocada para dar por terminados los contratos de trabajo de los demandantes, debe advertirse que con el escrito de demanda se allegó efectivamente, la convención colectiva de trabajo suscrita entre la Fundación universitaria Autónoma de Colombia y el sindicato de profesores Sinprofuac, incluyendo el Sindicato de trabajadores Sintrafuac, dicha norma convencional, con la correspondiente nota de depósito obra folio 213 hasta el folio 237 del archivo 01 del expediente digital norma que en el título tercero; normas de aplicación general aplicables a trabajadores docentes y medio docentes, régimen de contratación y estabilidad laboral, artículo primero dispone lo siguiente: **Estabilidad laboral, la FUAC con el objeto de garantizar la estabilidad para todos y cada uno de sus trabajadores no dará por terminado el contrato de trabajo a ningún trabajador, sino por justa causa, debidamente comprobada la cual será calificada y resuelta por una Comisión de Estabilidad integrada de la siguiente manera; 2 representantes de la Fuac y 2 representantes de los trabajadores, 1 designado por el sindicato de profesores Sinprofuac y otro designado por el Sindicato de Trabajadores Sintrafuac todos con sus respectivos suplentes; la presunta falta se comunicará por escrito al trabajador con copia al sindicato simultáneamente, esta notificación será personal y deberá hacerse dentro de los 15 días siguientes a la ocurrencia de los hechos, una vez reunida la Comisión de estabilidad, esta hará las siguientes gestiones para evaluar la presunta falta: citar al trabajador para oírle en descargos, oír el trabajador, la comisión dispondrá de 15 días hábiles para practicar las pruebas solicitadas por las partes vencido este término, la comisión tendrá 8 días calendario para reunirse y determinar si existe justa causa que amerite el despido del trabajador; sino existiera acuerdo, la decisión se hará por voto secreto, de**

presentarse empate, se nombrarán 3 árbitros elegidos de la siguiente manera: uno por la FUAC, otro por el sindicato elegido en forma autónoma y soberana, y el tercero saldrá por sorteo de una cuarteta compuesta por dos candidatos de la Fundación y 2 candidatos del sindicato, estos árbitros deben ganar un salario equivalente a 2 días de SMLV diario pagado por la FUAC y tendrán un plazo de 15 días calendario prorrogables para dirimir el conflicto, la decisión tomada en este proceso será de obligatorio cumplimiento para las partes. El trámite para las faltas graves será el establecido en el artículo primero ya citado, entendiéndose que cuando aparece la palabra sindicato se refiere a la organización a la cual esté afiliado o sea beneficiario el inculpado. Parágrafo primero: El Vicerrector administrativo será el responsable de recibir los descargos al trabajador y convocarlo a Comisión de Estabilidad si considera que es del caso, de acuerdo con la reglamentación que para el efecto establezca la Comisión de Estabilidad por la observancia de los procedimientos establecidos en la Convención colectiva para garantizar el derecho de defensa. Parágrafo segundo: si se prepermitieran los procedimientos anteriores o el despido fuera injustificado, no surtirá efecto ningún despido ni sanción y el trabajador será reintegrado en forma inmediata y automática, pagándole todos los salarios y prestaciones sociales causados durante el tiempo cesante.

Asimismo, por el escrito de demanda se allegó el acta convencional suscrita entre la Universidad Autónoma de Colombia y los sindicatos de trabajadores Sinprofuac y Sintrafuac, suscrita el 6 de diciembre de 2007, que contiene el Reglamento de la Comisión de Estabilidad de conformidad con la Convención colectiva vigente a folios 237 hasta folio 254 del archivo 01 del expediente digita, en el artículo tercero de esta acta convencional que reglamentó la Comisión de estabilidad se señala: **este acuerdo convencional hace parte integral de la Convención colectiva vigente y llena el vacío dejado por el artículo transitorio del título tercero de la misma, en el título primero, capítulo primero, generalidades, numeral cuarto, se señala competencia: la Comisión conocerá de los procesos disciplinarios que se sigan contra todo trabajador docente y no docente de la FUAC, el artículo quinto, objeto: establecer y garantizar el debido proceso que regula el funcionamiento de la Comisión de Estabilidad, señalando las causales que determinen la iniciación del proceso disciplinario y su decisión, bien sea sancionando o absolviendo al disciplinado, en el artículo séptimo: la Comisión de Estabilidad es un organismo privado creado por la Convención colectiva de trabajo vigente entre los trabajadores y docentes de la Universidad Autónoma de Colombia y la FUAC y tiene como función investigar y decidir sobre las faltas de naturaleza laboral que conlleven a la terminación unilateral del contrato de trabajo vigente entre profesores y trabajadores de la Universidad Autónoma de Colombia o para decidir sobre la imposición de sanciones disciplinarias; de ahí en adelante la norma señala los principios a través de los cuales se desarrollará el proceso, quiénes son los sujetos procesales, en qué forma se adelantarán las audiencias, los derechos de las partes y entre otros se resalta en el título tercero, proceso disciplinario, capítulo segundo requisito de procedibilidad, artículo 59, iniciación del proceso disciplinario: para que el proceso disciplinario pueda iniciarse se requiere: A. que se haya establecido por la Universidad la existencia de una falta, B. que la acción no haya caducado, C. que el Vicerrector administrativo de la Universidad personalmente formule cargos al presunto infractor. Parágrafo, la acción Disciplinaria caduca al término de 20 días, contados a partir de la ocurrencia del hecho.**

De ahí en adelante se hace referencia a la audiencia, requisitos de cargos a las pruebas a la audiencia y el fallo y más adelante continúa con la clasificación de las sanciones, la prescripción de la sanción y la eventualidad de convocar un Tribunal de arbitraje; **visto lo anterior es claro, como lo refirió el apoderado de la parte demandada que si bien en principio, la Convención Colectiva de Trabajo hace referencia a que ningún contrato de trabajo se puede terminar sin justa causa y que para proceder a la terminación de los contratos de trabajo, se requiere que el caso sea conocido por la Comisión de Estabilidad y en esa medida, en principio, se le hallaría razón a la parte demandante, dado que el artículo 62**

del CST subrogado por el artículo 7 del Decreto ley 2351 de 1965, incluye entre las justas causas para dar por terminado el contrato de trabajo en su numeral 14, el reconocimiento al trabajador de la pensión de jubilación o invalidez estando al servicio de la empresa, lo cierto es que conforme al acta convencional que se suscribió posteriormente y que vino a llenar el vacío que establecía la Convención colectiva en lo que respecta al Reglamento de la Comisión de Estabilidad y donde este Reglamento conforme las mismas partes así lo acordaron hacen parte integral de la Convención colectiva de trabajo y dicho reglamento de la Comisión de Estabilidad da cuenta de que está establecido para efectos de la ocurrencia de faltas disciplinarias que eventualmente den lugar a la terminación del contrato de trabajo y como quiera que la causal del numeral 14 del artículo 62 del CST, no es en sí una falta disciplinaria, por tanto, no habría lugar a adelantar todo ese procedimiento de formulación de cargos, garantizar el derecho de defensa del trabajador a quien se le está imputando la ocurrencia en una conducta que pueda ser calificada como una falta.

Encuentra el despacho que efectivamente esa Comisión de Estabilidad está establecida no para la ocurrencia de todas las causales de terminación del contrato por justa causa, sino para aquellas en las que sean producto de la comisión de una falta disciplinaria, razón por la que concluye el despacho que no había lugar adelantar o poner en conocimiento de la Comisión de Estabilidad la terminación de los contratos de trabajo de los aquí demandantes, pues se reitera la causal invocada para dar por terminados los contratos de trabajo es una justa causa contemplada en la ley que no constituye la comisión de una falta disciplinaria; es del caso señalar que en la eventualidad en que un texto normativo para el caso, la convención colectiva de trabajo presente, algún vacío o genere alguna duda en cuanto a su interpretación debe mirarse cuál fue la voluntad de las partes, en este caso, la convención colectiva al momento de su suscripción y es claro que la voluntad de las partes era establecer un procedimiento en el que se garantizara la estabilidad de los trabajadores de la Universidad y que en la eventualidad de la comisión de una falta existiera una Comisión integrada por representantes tanto del empleador como de las organizaciones sindicales que decidiera, conociera y calificara si efectivamente se había presentado la falta y si la misma era justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, situación que reitero, mirando la voluntad de las partes y a la interpretación normativa, se concluye que en este caso no había lugar al trámite que reclama la parte demandante y conforme a ello, las pretensiones principales están llamadas al fracaso pues no hay lugar a declarar la ilegalidad y/o la ineficacia de la terminación de los contratos de trabajo, de los aquí demandantes y por ende, no procede el reintegro ni el pago de los salarios prestaciones sociales legales y extralegales que se reclaman.

En cuanto a la pretensión subsidiaria, en principio la solicitud de reconocimiento y pago de la indemnización de que trata el artículo 64 del CST por terminación del contrato sin justa causa, lo cierto es que, como ya se señaló al inicio de esta providencia, no existe controversia sobre la condición de pensionados de los demandantes y que a la fecha en que se les dio por terminados sus contratos de trabajo, los mismos estaban incluidos en nómina de pensionados para ello, además de la documental a la que ya hizo referencia el despacho, debemos remitirnos a los interrogatorios de parte que rindieron los señores María Cristina Pérez López, José Félix Daza Camargo y Carlos Guillermo Tapia; donde reconocieron su calidad de pensionados y reconocieron estar incluidos en nómina de pensionados y en lo que respecta a la señora Hilda María González Quintero, quien no asistió a la audiencia anterior y se tuvo por confesa sobre estos aspectos; entonces está debidamente acreditado que estaban incluidos en nómina de pensionados al momento en que se les dio por terminado sus contratos de trabajo ya sí mismo, teniendo en cuenta lo dispuesto en la norma ya citada, artículo 62 del CST, numeral 14, se tiene que esta es una justa causa para dar por terminado el contrato de trabajo, no habiendo lugar a la indemnización que se reclama. En lo que respecta a la reliquidación o al pago adicional de cesantías e intereses a las cesantías, el despacho coincide parcialmente con la parte demandada, en lo que respecta a que al haber sido

revocada la decisión de tutela quedaba sin efectos el reintegro que se había ordenado inicialmente, conforme a ello y de la documental aportada al proceso, se tiene que en el caso de los señores Hilda Marina González Quintero, María Cristina Pérez López y Carlos Guillermo Tapia, se les terminó el contrato el 22 de diciembre de 2016 y en el caso del señor José Félix Daza Camargo, el 10 de febrero de 2017 y con ocasión del fallo de tutela que ordenaba reintegrarlos e inclusive ordenó el pago de los salarios y prestaciones sociales desde cuando se produjo el despido hasta el reintegro sin solución de continuidad, y que la Universidad procedió en cumplimiento del fallo de tutela a reintegrar a los docentes hoy aquí demandantes cancelando los salarios desde el 23 de diciembre 2016, en el caso de uno de los demandantes y el otro en el caso del señor José Félix del mes de febrero 2017 y hasta marzo de 2017 y que el fallo de tutela fue revocado y por ende quedó sin efectos el reintegro, lo cierto es que si hubiera lugar a una segunda liquidación en el año 2017 la misma se debería haber calculado solo sobre los días laborados en el año 2017, que serían desde el reintegro hasta la nueva desvinculación al revocarse el fallo de tutela, no habiendo lugar al pago de salarios y prestaciones sociales por el interregno entre el despido y el reintegro dado que se reitera, se revocó la sentencia y por ende esos pagos quedaron sin valor o sin efecto alguno. **Aunado a ello lo cierto es que se verifica los documentos allegados al proceso que se realizaron los pagos de las primas extralegales que se reclaman, no observando el despacho exista faltante alguno a favor de los demandantes y en todo caso teniéndose que se realizó una liquidación en el año 2017 que inclusive reconoce valores más allá de los que realmente tendrían derecho cada uno de los demandantes, dado que reitero el fallo de tutela fue revocado y por ende no había lugar al pago de salarios y prestaciones sociales causados desde la desvinculación hasta el reintegro ordenado en el fallo de primera instancia; en esa medida el despacho no observa o no encuentra viabilidad a las pretensiones subsidiarias formuladas por la parte demandante y en cuanto a la solicitud de aplicar las facultades extra y ultra petita que solicita la parte demandada el despacho debe señalar que no es procedente la aplicación de dicha facultad, pues en ese caso lo que debió haber promovido la parte demandada fue una demanda en reconvencción si estimaba que se le adeudaba algún valor y en esa medida, discutir en debida forma la procedencia de los reintegros de los valores cancelados.**

Inconforme con esta decisión el apoderado de los demandantes interpuso recurso de apelación así: “..Fundamentos del recurso: invoco como tales el estar debidamente establecido en el curso del proceso y en las pruebas recaudadas que efectivamente la demandada al despedir a los docentes demandantes violó de manera flagrante tanto la Convención colectiva de trabajo como el Reglamento de la Comisión de Estabilidad ya que no tuvo en cuenta para tomar dicha decisión los procedimientos establecidos por las partes en dichos instrumentos que regulan las relaciones laborales en la Fundación Universidad Autónoma de Colombia y en particular el procedimiento establecido para finiquitar cualquier clase de contrato por justa causa, en cualquier clase de contrato, no solamente el contrato o el despido generado por causas disciplinarias porque resulta que acá no es cierto que la voluntad de las partes no haya corregido, aclarado nada, por el contrario la voluntad de las partes sí fue aclarada en el acta número 220 de febrero 18 de 2015, acta que obra en el expediente y que allí como se dijo anteriormente la Comisión de Estabilidad después de escuchar en asunto similar en audiencia a los docentes pensionados, Luis Eduardo Romero, José Aparicio, Gonzalo Vargas, resuelve; primero: recomendar a la Fundación Universidad Autónoma de Colombia mantener el contrato de trabajo de los docentes antes mencionados en las mismas condiciones que hoy día tienen, respetando la voluntad conciliatoria de los docentes, siempre y cuando estos cumplan a cabalidad con lo establecido en sus respectivos contratos de trabajo y no incurran en las faltas establecidas en el Reglamento interno de trabajo y en lo dispuesto por el CST, recomendar a la vicerrectoría administrativa que para los casos futuros de docentes pensionados que no estén incurso en procesos disciplinarios, apliquen la directriz que aquí se establece; como se puede observar, señor juez efectivamente, sí las partes

acordaron o aclararon el tema de los despidos por justa causa de estar pensionados, si debían ir a la Comisión de Estabilidad; de otra parte, se debe tener en cuenta, que valiéndose igualmente el reglamento de la Comisión de Estabilidad acordado entre la Comisión y los sindicatos, efectivamente, ese capítulo primero; generalidades, establece: **garantizar que todo trabajador docente, no hace exclusión y no docente de la Universidad, de acuerdo a la Convención colectiva vigente, mantenga vigente su contrato de trabajo hasta tanto el mismo lo decida o sea terminado por justa causa debidamente comprobada, sin que desde luego obre el expediente, prueba alguna de que los docentes hubiesen sido llamados a la Comisión de Estabilidad, tampoco obra en el plenario ninguna prueba que excluya la causal de estar pensionado, como motivo para hacer llamado a la Comisión de estabilidad, antes, por el contrario, obra la prueba en contrario que es la actualmente referida frente al acta número 220 de febrero 18 de 2015; antes, por el contrario, la conducta unilateral desplegada por la demandada como ya se dijo, fue la de desintegrar la Comisión de estabilidad, al ordenar el despido del miembro principal de la misma, profesor Rafael Suárez, quien como ya se había dicho, fue vinculado al tercer día después de despedidos los trabajadores.**

Tampoco se tuvo en cuenta en el fallo proferido señor juez, que efectivamente el Reglamento de la Comisión de Estabilidad que es un proceso de orden garantista además de las justas causas genéricas, se otorgó facultades a la Comisión para conocer causas disciplinarias o sea, no son las únicas causas de que conoce la Comisión de Estabilidad teniendo en cuenta el considerando del título tercero de la Convención suscrita ante la Universidad y los sindicatos Sinprofuac y Sintrafuac, **se estableció que la Universidad no puede dar por terminado el contrato de trabajo por justa causa, por faltas contra la inseguridad laboral cometidas por los trabajadores docentes y no docentes, nótese que acá se diferencia entre la justa causa y las causas por faltas contra la disciplina o sea la justa causa efectivamente, no es la única falta disciplinaria, sino que hay otras causas consagradas en el CST y no todas son faltas disciplinarias porque hay otras causales que se deberían tener en cuenta para el caso particular, el hecho de acceder a la pensión de vejez, pero recordemos que también el artículo 74 en la audiencia de fallo dice que la decisión final de la Comisión puede referirse a la terminación o no, del contrato de trabajo de manera unilateral por la Universidad, otra Segunda por justa causa, otra o la recomendación de que se apliquen otras medidas, o sanciones disciplinarias, hay claridad meridiana frente a que efectivamente las causales no son únicamente disciplinarias y el despido no es únicamente por una falta disciplinaria, sino que la Comisión puede adoptar distintas posiciones hasta decir que se hagan o se aplican otras recomendaciones.**

De otra parte, se debe tener en cuenta que las cartas de terminación del contrato para los docentes hoy afectados fueron remitidas por la Universidad Autónoma de Colombia el 5 de diciembre de 2016 en las cuales la institución refirió que los docentes demostraron un profundo compromiso hacia la institución en su tiempo de servicio. Empero, consciente de la necesidad de realizar el relevo generacional. El Consejo Directivo en sesión del día 4 de octubre 2016 acta 1925. Teniendo en cuenta las resoluciones que conceden pensión de vejez reportadas y aprobadas, terminado con justa causa. El vínculo laboral, por lo cual una vez surtido el proceso de acuerdo a las normas legales y convencionales Darian por terminado el contrato de trabajo a término indefinido a partir del 22 de diciembre de 2016 y este proceso, efectivamente no se cumplió, sobre el particular se debe mencionar que conforme a tales comunicaciones se argumentaron dos razones. Para los despidos la primera necesidad de iniciar un relevo generacional, o sea, orden institucional, y la segunda, contar con pensión de vejez por orden legal. No obstante, según lo acreditado, los afectados, resultó ser que todos ellos hacían parte de la organización sindical en tales condiciones sello lo dispuesto en el acta 1925 del 4 de octubre de 2016, en donde el Consejo Directivo de la Accionada tras discutir el tema de pensionados, si él resultó que efectivamente se terminaría el 5 de los docentes que contarán con pensión de vejez, también dispuso la forma en que debían hacerse, que debido a lo previsto en el artículo primero el título tercero de la Convención colectiva de trabajo se procede a través de la vicerrectoría administrativa, a surtir el proceso

correspondiente ante la Comisión de Estabilidad, que fue lo que dispuso el Consejo directivo con el fin de dar por terminado el contrato laboral al siguiente personal docente. En tales condiciones el mismo consejo directivo dio la orden que se agotara el procedimiento de la Comisión de Estabilidad, cosa que no se hizo. Por eso aquí estamos afirmando efectivamente que el despido de los demandantes fue un despido en donde se violó el debido proceso. De otra parte, se hace necesario aclarar que desconociendo de las condiciones del debido proceso y la naturaleza de las convenciones colectivas para el caso que nos ocupa y en el entendido de que la convención colectiva con las actas mencionadas y con las aclaraciones es ley para las partes puesto que, entre otros aspectos, regula o fija las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia, la honorable Corte en su Sala de Casación laboral, en reiterada jurisprudencia tal como la sentencia SL 16811 de 2017, al resolver asunto similar, ha sentado lo siguiente: “sobre la naturaleza de las convenciones colectivas de trabajo: la fuerza normativa que acompaña las convenciones colectivas de trabajo se desprende del artículo 467 del CST, conforme al cual estos acuerdos se suscriben entre una o varias organizaciones de empleadores, por una parte y una o varias agremiaciones de trabajadores por la otra, para fijar las condiciones que regirán los contratos de trabajo durante su vigencia, de igual modo encuentra asidero en el derecho fundamental a la negociación colectiva artículo 55 convenio 98,151,154 de la OIT en el principio de la autonomía de la voluntad, en virtud de la cual los individuos y colectivos, poseen la capacidad de uso de su razón de imponer normas que regulen las relaciones laborales”, como sucedió en el presente caso y en las normas que hay que aclarar igualmente en el presente caso se puede que la norma, si es que había duda que no, no había ninguna duda, también la aclararon la norma citada, son los convenios colectivos de trabajo, sigue diciendo la Corte: fruto del consenso entre los interlocutores sociales logrando luego de un proceso de negociaciones entre los representantes de los empresarios y el sindicato, federaciones o Confederaciones, a pesar de su naturaleza de acuerdo colectivo, tienen una innegable fuerza normativa, equiparable a la ley, siendo su finalidad fijar las condiciones de trabajo que han de regir los contratos individuales laborales de los destinatarios del mismo durante su vigencia; en tales condiciones, la sentencia de la Corte citada anteriormente por la parte demandada, son sentencias que en alguna medida no conservan estas convenciones colectivas de trabajo, la convención colectiva de trabajo en este caso particular fijo y aclaró unas situaciones particulares para el despido de todos los trabajadores de la Universidad.

Con relación a las pretensiones subsidiarias, dichas pretensiones tienen que ver básicamente con la irregular liquidación de las acreencias laborales adeudadas a los demandantes y reitero que la demandada efectivamente no tuvo en cuenta para su cuantificación no solamente las disposiciones legales que regulan la forma de liquidación y el concepto de lo que constituye salario para tales efectos, sino además la cláusula sobre el factor salario de las primas extra legales consagradas en la convención colectiva de trabajo resultando entonces la demandada absuelta también del pago de dichas acreencias laborales solicitadas como pretensiones subsidiarias, pretensiones que igualmente solicito que efectivamente sea estudiadas...”

CONSIDERACIONES

La Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la SS y en los puntos cuestionados en el recurso a saber: i) reintegro por violación a convención y otras normas, en las que se insiste en idénticos términos de la demanda y ii) reliquidación por irregular liquidación.

De la violación a norma convencionales y de reglamento y/o ilegalidad e ineficacia del despido.

Destaca la Sala en primer término que en este caso y ello es claro existe una justa causa para dar por terminado el contrato; esto es el reconocimiento de la pensión a todos los demandantes; siendo el tema discutido y a definir si se incumplió o no con el procedimiento establecido en la convención para dar por terminado el contrato; lo que lo haría ilegal, pues la convención es ley para las partes y su violación traería esta consecuencia; siendo además también acreditado que todos los demandantes se beneficiaban de ella.

En ese orden y efectivamente en el Título III de la convención aportada que aplica a trabajadores docentes y no docentes, se consagró que, con el objeto de garantizarles, la estabilidad, no terminaría los contratos sino por justa causa debidamente comprobada calificada y resuelta por una comisión de estabilidad.

También resulta claro que allí se determinó no solo quien integraría la comisión; - esto es dos representantes de la FUAC y dos representantes de los trabajadores, uno designado por el sindicato de profesores Sinprofuac y otro por el sindicato de los trabajadores Sintrafuac, así como sus suplentes-; sino el procedimiento a seguir, tales como la comunicación al trabajador con copia al sindicato simultáneamente, con notificación personal **y dentro de los 15 días siguientes a la ocurrencia de los hechos.**

De otra parte y acto seguido describe el procedimiento, **citación a descargos, practica de pruebas**, votación nombramiento de árbitros etc, cargos a cargo del vicerrector siempre garantizando el derecho de defensa.

De la lectura de esta norma prevista en el artículo 1 del título III, ya citado sobre estabilidad laboral, puede concluirse y por ello lo resaltó la Sala que efectivamente la norma se refiere a hechos constitutivos de justa causa, relativos a falta y falta graves, lo que se corrobora al leer el inciso tercero de la norma que dispone como el trámite para faltas graves será este mismo, que exigen cargos y descargos, lo que no sucede con el reconocimiento de la pensión que a pesar de ser una justa causa para la terminación del contrato, no implica que se cometa una falta como indica la norma.

Es por ello y además porque la convención misma lo contempló en un artículo transitorio de este título; tantas veces mencionado de estabilidad laboral; que fue necesario hacer un reglamento para el funcionamiento de la comisión de estabilidad; en donde se dispuso a su vez **modificar la convención mediante acta convencional para acoger el reglamento.**

El acta convencional, fue efectivamente suscrita el 6 de diciembre de 2007 y allí se indica y aclara que las faltas son las de disciplina laboral y no el adquirir una pensión que no lo es que es un status jurídico, se itera, aunque justa causa no falta disciplinaria.

Vale aclarar que, en el acta del 18 de febrero de 2015, la comisión de estabilidad indicó como la universidad **podría establecer políticas de retiro para los pensionados, pero como una recomendación y sin que de manera alguna se extienda el procedimiento ante la ocurrencia de esta situación jurídica**

Comparte entonces la Sala lo expresado por el Juez porque contrario a lo indicado por la parte actora en recurso y alegaciones, el reconocimiento de la pensión riñe con el procedimiento establecido, no hay lugar a elaborar cargos y menos oír en descargos al trabajador para que se defienda y explique su conducta, que es a lo que se refieren las normas en las que apoya su solicitud de ilegalidad de despido; luego se equivoca al recurrente cuando aduce que se debe hacer el trámite para todas las justas causas, pues definitivamente el reconocimiento de la pensión no es una falta disciplinaria se itera que implique cargos descargos o defensa alguna; luego los argumentos del recurrente no tienen la fuerza para quebrar la sentencia apelada, ya que si bien le asiste razón en que la convención es ley para las partes lo cierto es que en este caso no se violó norma alguna.

De la liquidación irregular

También es este aspecto conviene destacar que el recurrente se limita a afirmar de manera general y abstracta que la demandada no liquidó de acuerdo con las disposiciones legales y convencionales, encontrando en el expediente y por el contrario tal y como señaló el Juez pago incluso en exceso de los derechos causados, razón que, sin más consideraciones por innecesarias, imponen la CONFIRMACIÓN de la sentencia apelada.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E

PRIMERO. – CONFIRMAR la sentencia apelada en todas y cada una de sus partes.

Sin COSTAS en la alzada.

Las partes se notificarán por **EDICTO**, de acuerdo con lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la SS.



MARLENY RUEDA OLARTE

(En Comisión de Servicios)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES RUSSY

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 33-2017-784-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: CRISTALERÍA PELDAR

DEMANDADO: COLPENSIONES

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado Treinta y Tres Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 2 de septiembre de 2022.

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, fueron remitidas las de Cristalería Peldar y el litisconsorte necesario Flaminio Baracaldo.

ANTECEDENTES

La sociedad Cristalería Peldar, actuando por intermedio de apoderado, interpone demanda ordinaria laboral con el fin de que se DECLARE que el señor Flaminio Baracaldo, al no desempeñar labores de alto riesgo, no causó el derecho a pensión especial prevista en el Decreto 2090 de 2003, como consecuencia de tal declaración, peticiona se declare que no está obligada a pagar los aportes previstos en los Decretos 1281 de 1994 y 2090 de 2003; por

ello, solicita se ordene a Colpensiones abstenerse de solicitar el pago de cotizaciones adicionales por actividad de alto riesgo.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que entre esa sociedad y el señor Flaminio Baracaldo existió un contrato de trabajo entre el 3 de octubre de 1978 al 17 de octubre de 2010, que el señor Flaminio prestó sus servicios en los cargos de labores varias en el área de zona fría, selector varios en área de selección de envases y auxiliar de selección, no estando nunca expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas ni a altas temperaturas, como a ningún factor de riesgo ocupacional por encima de los valores permisibles, que en las instalaciones de dicha sociedad, la exposición a materias primas, no representa riesgo para la salud de ninguno de sus trabajadores, que siempre ha mantenido los niveles de temperatura, ruido, material particulado, entre los niveles aceptados por las normas y procedimientos de salud ocupacional, también ha implementado el programa de salud ocupacional y las recomendaciones de seguridad sugeridas por la ARL.

Afirma que el señor Flaminio siempre contó con los elementos de protección personal para el desempeño de sus funciones, que lo afilió a los riesgos de IVM a Colpensiones, efectuando los aportes pensionales a su favor durante la vigencia de la relación laboral, que la demandada, en resolución GNR 132648, le reconoció pensión de vejez por actividad de alto riesgo al señor Flaminio sin tener derecho a ella y no vinculó a esa sociedad como tercero interesado, desconociendo las reales condiciones laborales del señor Flaminio y su debido proceso como interesada directa en el proceso de reconocimiento pensional del señor Flaminio, que la demandada la requirió para pago de aportes adicionales entre enero de 1995 a octubre de 2010, que en 2017, radicó demanda ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo pretendiendo la nulidad y restablecimiento del derecho del acto administrativo de reconocimiento pensional, la que fue enviada a la jurisdicción laboral por razón de competencia.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Al contestar la demanda el litisconsorte necesario Flaminio Baracaldo, se opuso a la prosperidad de las pretensiones, aceptó los contenidos en los

numerales 1 y 3, negó los No. 11, 14, 16 y 17 y manifestó no constarle los demás; propuso como excepciones de mérito las que denominó legalidad de la resolución GNR 132648 de 2016 emitida por Colpensiones, improcedencia del petitum: inexistencia de prueba idónea para controvertir el reconocimiento pensional del señor López, así como la actividad de alto riesgo que realizan los trabajadores de Cristalería Peldar y buena fe de los demandados.

COLPENSIONES se opuso a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos aceptó los contenidos en los numerales 1, 2, 8, 11, 12 y 21 a 23, manifestó no constarle los No. 4 a 6 y 20 y negó los demás; propuso como excepciones de mérito las que denominó inexistencia de la obligación, prescripción y buena fe.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento, resolvió ABSOLVER a Colpensiones de las pretensiones incoadas en su contra por Cristalería Peldar, declarando probada la excepción de inexistencia del petitum propuesta por el señor Flaminio Baracaldo, condenó en costas a la demandante.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que no había sido objeto de reproche la existencia de la relación laboral entre la demandante y el litisconsorte necesario, como tampoco que el sílice era una sustancia cancerígena, pues así había sido reconocido en el proceso y la legislación, debiéndose estudiar si el señor Flaminio había estado expuestos a dichas sustancias, que se encontraba acreditado que en vigencia de la relación laboral, el señor Flaminio, había ejecutado labores de ayudante de aseo, limpieza y movimiento de materiales, siendo claro que en ejecución de la misma, había estado expuesto al sílice como lo referían los mismos estudios aportados por la demandante, pues la limpieza provocaba una dispersión del material particulado, luego entre el 79 al 85 se había desempeñado en el cargo de selector varios y luego como auxiliar de selección del 85 al 2010, primer cargo en el que debía ejecutar una selección correcta y empaque y embalaje de productos, lo que implicaba desechar mercancía imperfecta, respecto del segundo de los cargos era responsable de mantener el flujo normal de producción en las archas, muestreos sobre las mismas, mantener muestras; que si bien en dichos cargos, no se tenía un contacto directo con las materias

primas, sí se daba el elemento de exposición al material particulado por las características propias del sílice, punto sobre el cual, la OIT había sido clara, en cuanto a que estos alcanzaban partículas respirables.

Que para el caso de las labores ejecutadas por el trabajador en la planta de cogua y conforme los estudios aportados, en esta planta todas las áreas a excepción de la mina de arena, se encontraban en un mismo espacio, no estaban separadas para poder concluir que la concentración de material particulado, sólo se encontraba en una zona, por el contrario, se hallaba presente en toda la planta por ser volátil, no habiendo una base científica que corroborara que no existía exposición a material particulado en los cargos que desempeñó el actor, por el contrario, los estudios señalan que dicho material se encuentra en toda la planta, no sólo en el área de materias primas como lo refiere el de Suratep año 2003.

Señaló que en cuanto al grado de exposición, las normas que regulan el reconocimiento pensional de vejez por actividades de alto riesgo, no exigían un valor límite o determinado grado de exposición a sustancias cancerígenas, por lo que el solo hecho de la exposición, generaba un riesgo a la salud del trabajador y lo hacía beneficiario de la prestación por vejez de alto riesgo, no pudiéndose concluir que el trabajador no tenía derecho a dicho reconocimiento pensional efectuado por Colpensiones, cuando como se había reiterado, el sílice era un material volátil y se encontraba presente en toda la planta en la que ejecutó las labores el señor Flaminio, concluyendo que la demandante sí estaba obligada a realizar los aportes por actividad de alto riesgo, por ser esta una obligación legal y no una imposición de Colpensiones.

RECURSO DE APELACIÓN

Cristalería Peldar recurrió señalando que La decisión desconocía de manera abierta la jurisprudencia de la Sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, no citó ni una sentencia en el fallo, de las cuales la Sala de casación laboral ha dicho que el trabajador debe estar expuesto en forma directa y permanente a dicha sustancia, así lo reiteró en sentencia SL 2884 del año 2022, señalando que la exposición debe ser directa y permanente, que para el caso del señor Flaminio, ello no había ocurrido, siendo evidente que los cargos en el que éste laboró para Cristalería Peldar,

no estuvo expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas, que todas las áreas en donde laboró en el cargo de labores varias, selector de varios y auxiliar de selección, fueron en lo que se conoce como zona fría, que es un área de producto terminado, donde no estuvo expuesto a sustancias comprobadamente cancerígenas, laboró con producto terminado, no tuvo incidencia en el área de materias primas, no tuvo contacto ni siquiera con la sílice, como lo manifiesta el juzgado en forma errada y en ese orden, al haber trabajado con producto terminado, no se puede predicar que el señor Baracaldo, hubiera estado expuesto; adicionalmente, los estudios allegados por el apoderado del litisconsorte al proceso, ninguno de ellos consulta en forma particular el caso del señor Flaminio, ninguno de ellos analizó su situación particular, los cargos ocupados por este y mucho menos las áreas en las que el señor Baracaldo prestó los servicios, causando asombro que el juzgado no hubiera escatimado ni siquiera en revisar los estudios que sirvieron a Colpensiones como fundamento para reconocer la pensión especial de vejez, que los mismos no analizan la situación particular, ni los cargos, ni las áreas en que laboró el señor Baracaldo.

Que si bien la sílice es una sustancia cancerígena no quiere decir ello, que trabajador hubiera estado expuesto a ella, el trabajador laboró en áreas donde no hay contacto con sustancias, con materias primas y laboró con producto terminado, en esa medida no se entiende de dónde saca el despacho que estuvo expuesto, que hay una exposición generalizada cuando los estudios ninguno de ellos permite concluir que el señor Baracaldo estuvo expuesto a dichas sustancias, los estudios de 1988 elaborados por el ISS, por Suratep a la planta de Cogua, no consultan la situación particular del señor Baracaldo, no analizan las áreas ni los cargos ocupados por este, reiteró que la exposición debe ser directa y permanente, siendo este el criterio pacífico del superior jerárquico del juzgado del órgano de cierre de la jurisdicción ordinaria laboral y no se comprende cómo se aparta en una forma abierta de ese criterio es como estar cegado ante lo que ha dicho la Corte Suprema sobre este caso particular; no tiene sentido que se reconozca una pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo a una persona que nunca tuvo exposición a sustancias como probablemente cancerígenas, que nunca laboró con estas.

Por otra parte, el testigo Ricardo Álvarez, ni siquiera conoció al señor Flaminio, lo vino a conocer a raíz de una valoración que le hizo mucho tiempo después de que fue desvinculado el señor Baracaldo de Cristalería Peldar prácticamente es un testigo de oídas porque solamente escuchó lo que le dijo al trabajador, conoció los estudios, pero ni siquiera de esos estudios se desprende que el señor Baracaldo hubiera estado expuesto, entonces no entiende cómo una persona prácticamente tenga el descaro de señalar que sí estuvo expuesto cuando como testigo tenía la obligación de conocer la situación fáctica; o sea, los hechos en que circundaron la relación laboral, el vínculo laboral entre el señor Baracaldo y Cristalería Peldar, si presencié, si conocí, si le entregaban elementos de protección personal, no lo presencié el mismo testigo en el en respuesta, señaló que solamente había ido dos veces a Cristalería, a la planta y en el año 88, no se podía dar valor jurídico a una prueba que nada tiene que ver, que es genérica, que no le aporta nada al despacho porque se tiene que probar directa y permanentemente la exposición del señor Baracaldo a sustancias comprobadamente cancerígenas.

La pensión especial de vejez que se le reconoció al señor Baracaldo es contraria a las normas y a la jurisprudencia, y Colpensiones, aun así, se empeña y dice, que se tiene que pagar cotizaciones adicionales sin hacer un ejercicio legítimo para reconocer esa pensión, ni siquiera verificar si los estudios atendían al caso particular del señor Flaminio y en esa medida son dineros públicos, siendo dudoso el actuar del administrador del RPM porque no se puede reconocer pensiones contrario a la posición establecida tanto en la legislación como por la jurisprudencia, que es clara y contundente, pacífica y reiterada, enseñando que la exposición del trabajador a dicha sustancia debe ser directa, permanente, no genérica, no se puede predicar una exposición generalizada, no se puede incurrir en yerro porque sencillamente el trabajador debía acreditar adicionalmente por el nivel de riesgo, no se puede concluir que todos los trabajadores de Cristalería Peldar S.A., estén expuestos, pues hay cargos que realmente se exigen de estar expuestos a sustancias nocivas o altas temperaturas, como igualmente lo refería la Sala Laboral de la CSJ en sentencia SL 035, el 2021, que no por el hecho de que una empresa como demandada sea clasificada como de alto máximo riesgo, se puede predicar que todos sus trabajadores desplieguen actividades de alto riesgo, pues se trata de 2 conceptos con tratamientos y

consecuencias diferentes; en ese sentido, nada impide que una empresa sea catalogada como de alto riesgo y al mismo tiempo, mantenga trabajadores que despliegan labores alejadas del alto riesgo para la salud, como puede ser el caso de quienes desempeñen cargos administrativos u oficios que no tengan verdaderamente exposición a sustancias para el caso cancerígenas, que el despacho pasó por alto la jurisprudencia cuando se ha dicho claramente reiteradamente que en la exposición, además de ser directa y permanente, deber ser acreditada por el trabajador, porque es quien le tiene la carga de la prueba y acreditar que si efectivamente estuvo expuesto, pero además no se puede hablar de una exposición generalizada, en el ambiente, en la planta, el riesgo en el cual se encuentra la empresa, no determina que sus trabajadores estén expuestos todos a sustancias nocivas o que todos desarrollen una actividad considerada como alto riesgo, debe analizarse la situación particular de cada uno de ellos.

CONSIDERACIONES

Sea lo primero señalar que no fue objeto de reparo la existencia de la relación laboral del litisconsorte necesario, señor Flaminio Baracaldo con la sociedad demandante, Cristalería Peldar, relación que tuvo lugar entre el 3 de octubre de 1978 al 17 de octubre de 2010, como se evidencia de documentales contentivas de certificación laboral y liquidación final de prestaciones sociales aportadas en expediente digital por la demandante; tampoco ofreció reparo que el señor Flaminio Baracaldo disfruta de pensión especial por actividad de alto riesgo, que le fuera concedida por la demandada en resolución GNR 132648 del 4 de mayo de 2016, a partir del 1 de mayo de 2016.

Determinado lo anterior y como quiera que lo pretendido se circunscribe a ordenar a Colpensiones se abstenga de efectuar cobro de aportes por actividad de alto riesgo desempeñada por el señor Flaminio Baracaldo, se determinará si en efecto este cumplía labores de tal índole como lo concluyó Colpensiones en acto administrativo de reconocimiento pensional especial a su favor, así como la decisión recurrida.

Sobre el particular, se tiene que el Decreto 1281 de 1994 reglamenta las actividades de alto riesgo así como las condiciones y requisitos para el

reconocimiento de la pensión especial de vejez por actividades de alto riesgo, y a su vez estableció el régimen de transición para ese tipo de prestación indicando que “la edad para acceder a la pensión especial de vejez, el tiempo de servicio o el número de semanas cotizadas, y el monto de esta pensión especial, de las personas que al momento de entrar en vigencia este decreto tenga 35 o más años de edad si son mujeres, o 40 o más años de edad si son hombres, o 15 o más años de servicios cotizados, serán los establecidos en el régimen anterior al cual se encuentren afiliados. (...)”

Así mismo define las actividades de alto riesgo dentro de las cuales se encuentran en el numeral 4º los trabajos con “exposición a sustancias comprobadamente cancerígenas”, que es el fundamento conforme al cual se concedió la prestación por vejez al señor Flaminio.

Al respecto, como se dijo, se tiene que no fue objeto de reparo el hecho de que el señor Flaminio prestó sus servicios para la Cristalería Peldar entre el 3 de octubre de 1978 al 17 de octubre de 2010, en virtud de la cual, desempeñó los siguientes cargos conforme se verifica de documental contentiva de historia ocupacional aportada al expediente digital por la parte demandante, siéndole asignadas las actividades allí descritas, como se transcribe a continuación:

1. Labores varias – Del 3 de octubre de 1978 al 16 de abril de 1979

Responsable por la ejecución de trabajos sencillos como ayudante de otros o de tareas específicas de aseo, limpieza, movimiento de materiales. Como su nombre lo indica, ejecuta labores varias que deben realizarse en cualquiera de las dependencias de la planta; es un colaborador y ayudante de otras personas en toda clase de trabajos que le sean asignados.

Con qué las realizó: Con las manos, escobas, traperos, papel, movimientos de cajas etc.

Sitio donde realizaba la labor: En el área de zona fría

Materiales y máquinas en ese lugar: bandas transportadoras de envases, envases de vidrio, cajas de cartón, estibas de madera, máquinas strutz de decoración, pinturas para decoración etc.

2. Selector varios – Del 17 de abril de 1979 al 20 de noviembre de 1985

Responsable por la correcta selección y empaque de producción, de tal manera que garantice que la producción empacada reúna las características de calidad,

tolerancias y especificaciones requeridas por el cliente, lo cual implica armar cajas con avísperos, revisar y seleccionar la producción, calibrar, desechar la imperfecta, empacar la que llene los requisitos exigidos, pegar las cajas, tiquetearlas, colocarlas en conveyor o arrumarlas.

Con qué lo realizó: Visual y manualmente, para luego empacar la producción

Sitio donde realizaba la labor: en el área de selección de envases

Materiales y máquinas en ese lugar: Envases de vidrio, archas, empaques que se hacían en cajas de cartón o con avisperos, estibas de madera.

3. Auxiliar de selección - Del 21 de noviembre de 1985 al 17 de octubre de 2010

Responsable por mantener el flujo normal de producción en las archas, comunicar oportunamente a los selectores de los muestreos que realice sobre las archas para prevenir el empaque de producción defectuosa, mantener estrecho contacto con formación, mantener muestras límites necesarias y comunicar a formación sobre estas, hacer liquidación de planilla de producción del turno inmediatamente anterior, interpretar adecuadamente los planos de productos, para poder mantener información correcta en Formación y Calidad, así como ordenar los cambios de referencia, reforzar las archas que en determinado momento presenten deficiencia para su selección. Utilizar adecuadamente los equipos y herramientas necesarias para la naturaleza del cargo.

Con qué lo realizó: Con las manos, guantes, equipos de medición y muestreo

Sitio donde se realizaba la labor: en el área de selección de envases

Materiales y máquinas en ese lugar: envases de vidrio, máquinas de inspección en las áreas de selección y decoración, cajas, archas.

De la descripción de los cargos que desempeñó el señor Flaminio, se logra determinar con claridad que durante la vigencia de la relación laboral con la demandante, no tuvo a su cargo el manejo de materias primas para la elaboración del vidrio, determinándose que como bien lo señala el recurrente, no se evidencia exposición directa a sustancias de riesgo cancerígeno, aunado a lo anterior, el resto del caudal probatorio arrimado al proceso, no permite arribar a la conclusión de la exposición concluida en primera instancia, los mismos estudios aportados por la demandante, entre estos, el de Suratep del año 2003, concluye que el material particulado (polvo respirable), no excede los niveles de riesgo, aunado a ello, dichos estudios y los demás aportados se centran en el estudio de ciertos cargos que pueden representar riesgo entre los cuales está el de tamizado, mezcla

de materias primas, operario de hornos, albañil en caliente, alfarería, bodega de soda y cargadero II.

Lo propio ocurre con los aportados por el litisconsorte Flaminio Baracaldo, los que en su mayoría, corresponden a estudios de la planta de Zipaquirá y no de Cogua, lugar donde prestó sus servicios, aunado a ello, entre ellos el realizado en 2001 por Suratep, igualmente concluye que las mediciones de dióxido de silicio, no superan el límite permitido y no representan riesgo para el personal expuesto, a su turno, aporta análisis de puesto de trabajo, que no corresponde a ninguno de los cargos por él desempeñados y en dichos estudios se concluye la exposición de riesgo de otros cargos, entre los cuales se itera, no se encuentran en los que laboró el señor Flaminio. Dicho estudio, detalla como sujetos y sitios de medición de riesgo los operadores de hornos envase, preparados menores, recepción de materias primas, operador de equipo de mezcla de materia prima y ayudante de mezclas.

Conforme al recuento efectuado y atendiendo a las labores propias que ejerció el señor Flaminio y los lugares en que ejecutó las mismas, se tiene que nada lleva a concluir que haya tenido durante la vigencia de la relación laboral con Cristalería Peldar, exposición directa a sustancias cancerígenas; pues de las labores a él encargadas, no se determina que tuviera incidencia con el proceso de producción o transformación del vidrio, en el que sí interviene la exposición continua a sustancias de este tipo, aunado a ello, en el ejercicio del cargo de operador de selección y selector varios, se establece con claridad que su contacto no era con materias primas, sino con el *producto ya terminado*, como indica la historia ocupacional mencionada, debiendo verificar el acabado correcto de los mismo y retirar los productos que presentara imperfectos, cuando se itera, estuvieran terminados.

Es así como, no le asiste razón a la decisión de primer grado en cuanto señaló que la exposición a sustancias cancerígenas, se daba en la totalidad de la planta debido al material particulado, tornándose dicha conclusión equivocada como lo señaló la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 2882 del 27 de julio de 2022, M.P. Luis Benedicto Herrera:

De lo que viene visto, evidentemente se presentaron yerros mayúsculos en la apreciación probatoria del Tribunal, pues de los documentos arrimados al proceso, los

cuales se han analizado uno a uno, **dedujo equivocadamente que el demandante en instancias estuvo en contacto directo con materias primas peligrosas, tales como el asbesto y el sílice, «los cuales, como lo determinaron los estudios, se encontraban presentes en el ambiente de dicha empresa, suspendidos en el aire, ubicándose en el organismo de todos los trabajadores, incluyendo al actor, quien los aspiró durante los más de 36 años que estuvo vinculado a la empresa [...]**».

En verdad, los dichos estudios nunca abordaron el análisis específico del área de trabajo del señor Rubiano Fajardo --decoración de envases--, ni las labores que él en concreto desarrolló, como para que pueda arribarse a la conclusión de que tuvo una exposición real a las sustancias cancerígenas, tal como lo exige el parágrafo 1.º del artículo 15 del Acuerdo 049 de 1990, aprobado por el Decreto 758 del mismo año, como se explicó al inicio de los considerandos de esta providencia.
(Negrilla fuera del texto original)

De igual forma, dicha corporación en sentencia SL 3750 del 2 de septiembre de 2020, M.P. Gerardo Botero, analizó el cargo de labores varias en el que también se desempeñó el señor Flaminio, concluyendo que en este, no se presentaba exposición a sustancias nocivas para la salud; en dicha oportunidad señaló:

*Y frente al cargo de Labores Varias, aun cuando desempeñó las funciones en diferentes áreas de la empresa, particularmente en la de decoración y Cartonería, **ciertamente no se advierte que las tareas por él desarrolladas tuvieran que ver con el proceso de producción del vidrio, lo cual impide deducir en forma certera y concluyente la exposición a sustancias nocivas para su salud.*** (Negrilla fuera del texto original)

Conforme a lo señalado en precedencia, se tiene que le asiste razón al recurrente, ya que la testimonial vertida en el proceso, no resulta suficiente para probar la exposición a sustancias cancerígenas del señor Flaminio, pues ni siquiera conoció al señor Flaminio en cumplimiento de las labores asignadas por Peldar y no obra ningún otro medio probatorio que permita llegar a igual conclusión, ya que del caudal de esta índole, se llega a conclusión contraria, es por ello que, contrario a lo indicado por el señor Flaminio en sus alegaciones, en el presente se evidencia que no obra prueba de la exposición alegada y por ende, no le asistía derecho a que se le reconociera la prestación en los términos en que lo hizo la demandada, quien deberá adelantar las acciones pertinentes para la revocatoria del acto administrativo de reconocimiento pensional.

Así las cosas y ante la ausencia de prueba de la exposición alegada, se dispondrá **REVOCAR** la decisión de primer grado, para en su lugar ORDENAR a la demandada Colpensiones, abstenerse de efectuar cobro a la demandante de aportes por actividad de alto riesgo, respecto del señor Flaminio Baracaldo, por ausencia de mérito para ello.

Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo de Colpensiones.

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

RESUELVE

PRIMERO: REVOCAR la sentencia recurrida para en su lugar **ORDENAR** a la demandada Colpensiones, **abstenerse** de efectuar cobro a la demandante de aportes por actividad de alto riesgo, respecto del señor Flaminio Baracaldo, por ausencia de mérito para ello.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia, las de primera a cargo de la entidad demandada.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

(En Comisión de Servicios)
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

REPUBLICA DE COLOMBIA



**TRIBUNAL SUPERIOR
Distrito Judicial de Bogotá
SALA LABORAL**

ORDINARIO 36-2019-362-01

ASUNTO: APELACIÓN DE AUTO

DEMANDANTE: DIANA MARÍA VARGAS AYA

DEMANDADO: NOMZALO GARCIA MONTENEGRO

En Bogotá a los treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

DECISION

El Tribunal Superior de Bogotá por conducto de la Sala Laboral, resuelve el recurso de apelación interpuesto por la apoderada del demandado, contra el auto proferido por la Juez 36 laboral del circuito de Bogotá, el día once (11) de abril de 2023 **por medio del cual se declaró no probado el incidente de nulidad propuesto por esta parte. (Expediente Digital).**

ALEGACIONES

Durante el término concedido en providencia anterior a las partes para presentar alegaciones, se recepcionó vía correo electrónico memorial de sustentación de recurso de apelación, el que se tendrá en cuenta como alegaciones, ya que la única oportunidad para sustentar el recurso de apelación, es la audiencia de que trata el artículo 80 del CPTSS.

HECHOS

En el presente proceso la demandante **DIANA MARIA VARGAS AYA** a través de apoderado judicial instauró demanda en contra de **GONZALO GARCÍA MONTENEGRO** para que mediante el trámite de un proceso ordinario se declare la existencia de un contrato de trabajo desde el 14 de agosto de 2015 hasta el 30 de junio de 2018, con un salario de \$940.000. En consecuencia, solicita el pago de

prestaciones, vacaciones, aportes, intereses, horas extras, indemnizaciones extra y ultra petita. (Expediente Digital).

Mediante la providencia, que hoy resuelve la Sala se negó el incidente de nulidad.

Para llegar a esa conclusión la Juez manifestó en síntesis: *“...El 133 del CGP, contempla las causales de nulidad, el apoderado del extremo pasivo, solicita la declaratoria de nulidad de todo lo actuado desde el escrito de contestación de la demanda, allegado por la parte encartada el 5 de marzo del 2021, aduciendo lo siguiente, primero: que existió una omisión por parte del despacho en la aplicación del parágrafo 3 del artículo 31, al no indicarle al demandante los defectos de su contestación de la demanda. Segundo: que se remitió notificación personal al demandado a un correo electrónico no suministrado por el demandado, tercero: no se efectuó la notificación al demandado de conformidad con el decreto 806 del 2020. Sobre este punto, lo primero que tenemos es que para resolver, esta juzgadora debe poner de presente al apoderado del extremo demandado que la demanda presentada por la señora Diana María Vargas por intermedio de apoderado, se admitió en esta sede judicial por auto el 15 de enero del 2020 y se ordenó la notificación al demandado, por ello, la activa remitió certificaciones expedidas por la empresa de mensajería; sin embargo, este despacho con auto del 9 de noviembre del 2021, dispuso no tener válidas las notificaciones efectuadas como quiera que no se surtió en debida forma ni conforme a lo previsto en los artículos 291 y 292 del Código de Procedimiento civil, ni conforme lo reglado el Decreto 806 del 2020 vigente para dicha calenda; ahora, como lo expuso el apoderado y pese a llevar a lo ya indicado, que no fueron válidas las notificaciones, lo cierto es que el señor Gonzalo García Montenegro allegó escrito denominado respuesta a la demanda el día 5 de marzo del 2021, como quiera que los avisos remitidos por la activa no se tuvieron como notificación válida y que el demandado efectuó actuaciones tendientes a demostrar su conocimiento, fue por lo que se tuvo notificado por conducta concluyente, según las reglas que establece el artículo 301 del CGP, aplicable igualmente a los juicios laborales por remisión del artículo 145 del CPTSS. Recordemos que el artículo 301 indica: La notificación por conducta concluyente surte los mismos efectos de la notificación personal cuando una persona o un tercero manifieste que conoce determinada providencia o la mencione en escrito que lleve su firma o verbalmente durante una audiencia o diligencia si queda registro de ella, se considera notificada por conducta concluyente de dicha providencia en la fecha de presentación de escrito o de la manifestación de la parte, luego, es evidente que con el documento denominado respuesta a la demanda, el señor Gonzalo García Montenegro permitió evidenciar que conocía la demanda en su contra y fue por eso que se tuvo por notificado por conducta concluyente, aunado a lo anterior en este mismo auto, se le corrió traslado de la demanda y se le otorgó el término de 10 días para su contestación, ya que no se tuvo en cuenta esa documental que él allegaba en como una contestación y además se le advirtió: deberá hacerlo a través de apoderado judicial, a menos que acredite la calidad abogado acorde a lo regulado en los artículos 53 y 73 del CGP, aplicable a los juicios laborales por remisión expresa del artículo 145 del CPTSS; luego, en este escenario es claro que mediante el referido auto, lo que se hizo fue tener por notificado por conducta concluyente al señor González García y correrle el traslado de los 10 días para que contestara la demanda; así las cosas, no son de recibo las afirmaciones del apoderado de la pasiva cuando indica que existe una omisión por parte del despacho en la aplicación del parágrafo 3 del artículo 31 del CPTSS, al no indicarle al demandado los defectos de su contestación de la demanda, como quiera que en dicha oportunidad no se calificó la contestación de la demanda que presentó el demandado como persona natural, precisamente porque no cumplía el derecho de postulación y no había sido presentada a través de un profesional del del derecho y por el contrario, lo único que se hizo fue tenerlo por notificado por conducta concluyente y por esta razón el despacho no le debía dar 5 días, sino los 10 días que da la ley para que contestara*

la demanda y por eso fue que se le corrió traslado de la demanda en dicho auto. **Qué debía hacer el señor Gonzalo? constituir un abogado y proceder a contestar la demanda dentro de los 10 días que se le dio en el referido auto; sin embargo, lo cierto es que pasará los 10 días y el y el demandado no constituyó abogado y no contestó en oportunidad. Ahora afirma el togado que por parte del despacho se remitió una notificación personal al demandado a un correo electrónico no suministrado por él y además expone que no se efectuó la notificación conforme a lo dispuesto en el decreto 806 del 2020, pero esta afirmación tampoco tiene ninguna validez porque se recuerda, como ya se indicó, que demandado fue notificado fue por conducta concluyente, no tenía que surtirle nuevamente la notificación del decreto 806 del 2020, porque, como lo dice el artículo 301 del CGP, la notificación por conducta concluyente, tiene los mismos efectos que una notificación de carácter personal y lo que prevé el decreto 806 del 2020 es una notificación de carácter personal, conforme lo establece el artículo 6 de la mentada norma, o el reglado en el artículo 8 de la ley 2213 de 2022. luego es evidente que se notificó en debida forma al demandado mediante conducta concluyente con el auto ya referido, se le corrió traslado, pero este guardó silencio, no constituyó apoderado y no contestó la demanda dentro del término legal y fue por eso que se le tuvo por no contestada; ahora se destaca que el correo del 17 de noviembre del 2021 no es ninguna notificación, como lo indica el apoderado, en el mismo, lo único que se hace es remitir el actor el enlace del expediente digital, como se enuncia en el mismo documento porque no tenía que surtirle ya ninguna notificación porque ya había sido notificado por conducta concluyente; bajo tales presupuestos, es evidente que aquí no concurre ninguna de las nulidades establecidas en el artículo 133 del Código General del Proceso, porque el demandado quedó legalmente notificado por conducta concluyente, según las previsiones del artículo 301 del CGP, es por lo anterior que el incidente de nulidad planteado por el extremo demandado, no tiene vocación de prosperidad.**

Inconforme con esta decisión el apoderado de la demandada interpuso recurso señalando: “...Esta defensa solicita que se reponga esa decisión con base a que lo que se está alegando justamente no es la notificación, sino porque como la doctora misma indica, pues se notificó el mismo por conducta concluyente, pero el aviso de que se había notificado por ese medio, conducta concluyente le llegó al demandado por un correo que el desconocía prácticamente, pues puesto que él simplemente pidió el favor de que le enviaran ese documento que él mismo tituló respuesta a la demanda, pidió el favor, en ningún momento, inclusive dentro de los documentos de prueba hay uno en el que la señorita Angie Tatiana, dueña del correo que utilizó para enviar su documento de respuesta de la demanda, allí dice que para una notificación o una respuesta, ahí están unos teléfonos, o sea, que no usaran el correo de ella, sin embargo, fue usado entonces, en esto yo quiero basar la reposición, en subsidio al apelación, puesto que en este caso, no se está cumpliendo con lo que está señalado en el decreto 806 del 2020, toda vez que allí indica que cualquier providencia se debe utilizar el mismo medio, pero en este caso, pues no, no había ningún medio como avisarle al demandado ya que carece de correo, él lo que hizo diligentemente fue contestar la demanda, atender al despacho, pues le estaba indicando que tenía una demanda, una petición jurídica por parte de una de las señoras que él seguramente les dio la oportunidad de colaborar allí en su pequeño emprendimiento familiar, entonces yo dejo expuesto ante el despacho que aún se sigue aquí no continuando con el debido proceso y piensa este defensor que no se aplicó, lo que indica el artículo 8 del Decreto 806 del 2020...”

CONSIDERACIONES

Lo primero que advierte la Sala es que de acuerdo con lo establecido en el art 65 del C P del T y del S S, numeral 5, es apelable el auto *que deniegue el trámite de un incidente o el que lo decida*” en consecuencia la Sala se pronuncia al respecto.

En primer lugar; la Sala precisa que, en este caso, no hay lugar a hacer consideración alguna sobre el Decreto 806 de 2020, por cuanto el Juzgado ante las dificultades causadas con los correos y además con las certificaciones de la empresa de mensajería; decidió obviar esta forma de notificar el auto admisorio de la demanda, no tuvo esas actuaciones como válidas, sin que encuentre la Sala que la forma en que si lo hizo, esto es acudiendo al art 301 del CGP, también lo sea y se haya vulnerado, el debido proceso dando lugar a una nulidad.

Ahora, cierto es que la notificación personal del auto admisorio de la demanda no desapareció y más bien el Decreto 806 de 2020, art 8; especificó cómo debía entenderse ante las circunstancias, causadas por la pandemia siendo claro que en todo caso debe enviarse el auto admisorio a la demandada, **y para que se cumplan los fines de la norma implementar o utilizar sistemas de confirmación del recibo de los correos electrónicos o mensajes de datos, se itera para que se cumpla el fin de la norma, esto es que corran los términos y que estos sean respetados en las diversas actuaciones, en concordancia efectivamente con la sentencia C 420 DE 2020 que declaró exequible el artículo 8 del Decreto 806 de 2020 en el entendido “ que el término allí dispuesto empezará a contarse cuando el iniciador recepcione acuse de recibo o se pueda por otro medio constatar el acceso del destinatario al mensaje”**

No obstante, y se itera, lo anterior no significó que las demás formas de lograr una notificación personal desaparecieran; por lo que se evidencia que en el caso objeto de estudio y desde ya lo advierte la Sala, NO se configuró la causal de nulidad contemplada en el artículo 133 numeral 8º del Código General del proceso, esto es no haber practicado en legal forma la notificación del auto admisorio de la demanda, como se pretendía con el incidente se declarara.

Y ello porque conviene de nuevo recordar; tal y como señaló la Juez las actuaciones iniciales se consideraron invalidas y al ser presentado por el demandado señor García Montenegro; un escrito que denominó contestación a la demanda; lo único que hizo fue manifestar que la conocía y por tanto en ese momento, surge la notificación ante esa conducta, que la Ley ha considerado concluyente.

Vale entonces recordar que la notificación en este caso y sin duda se da bajo los parámetros establecidos en el artículo 301 de CGP, el cual señala:

“Notificación por conducta concluyente. **La notificación por conducta concluyente surte los mismos efectos de la notificación personal. Cuando una parte o un tercero, manifieste que conoce determinada providencia o la mencione en escrito que lleve su firma**, o verbalmente durante una audiencia o diligencia, si queda registro de ello, se considerará notificada por conducta concluyente de dicha providencia **en la fecha de presentación del escrito o de la manifestación verbal.**”

En consecuencia, desde el 5 de marzo de 2021 se tuvo por notificado, más no podía tenerse ese escrito como una contestación toda vez que el demandado no puede actuar en causa propia, luego se itera es desde esa fecha que se considera surtida la notificación por conducta concluyente, esto es con los mismos efectos de la notificación personal, y desde allí se contabilizan los términos, sin que transcurridos el demandado a través de un apoderado hubiese dado respuesta a la demanda.

Es por ello que, la Sala comparte la decisión del A Quo pues contrario a lo indicado por la pasiva en recurso y alegaciones, se garantizó al máximo, el derecho de defensa y siendo claro que no existió una indebida notificación; razón por la cual se CONFIRMA el auto apelado.

Sin Costas en esta instancia.

En mérito de lo expuesto por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, por conducto de la Sala Laboral,

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR el auto objeto de apelación, por las razones expuestas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: Sin COSTAS en la instancia.

Las Partes serán notificadas por EDICTO, teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 40 y 41 del C P del T y de la S S.

Los magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE

(En Comisión de Servicios)
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO



LORENZO TORRES FUSSY

REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 36-2020-387-01
ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA
DEMANDANTE: JAIME DE JESÚS TAPASCO
DEMANDADO: UGPP

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los Treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer la apelación interpuesto por la parte demandada, revisa la Corporación el fallo proferido el 1 de agosto de 2022 por el Juzgado Treinta y Seis Laboral del Circuito de esta Ciudad.

ANTECEDENTES

El señor FRANKLIN HERNÁNDEZ, demanda a la UGPP, solicitando se declare que fue retirado de la Caja de Crédito Agrario Industrial y Minero, desde el 27 de junio de 1999, por haber cumplido más de 20 años de servicio a esa entidad y sin el cumplimiento de 55 años, que su derecho pensional se causó en dicha data, esto es, mucho antes de la vigencia del AL 01 de 2005, que tiene derecho al reconocimiento de la mesada adicional de junio o mesada 14 a partir del 18 de febrero de 2009, data para la cual, alcanzó los 55 años de edad; como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a la demandada a liquidar y ordenar el pago de dicha mesada desde la data en mención, junto con indexación hasta la inclusión en nómina.

HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que laboró al servicio de la extinta Caja de Crédito Agrario y Minero por más de 20 años, siendo terminada su

vinculación el 27 de junio de 1999, data para la cual, no había alcanzado los 55 años de edad, que adquirió estatus pensional en dicha data y a través de resolución No. 2128 de agosto de 2009, el Fondo Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales, le reconoció pensión de jubilación convencional a partir del 18 de febrero de 2009, la que inicialmente no fue indexada, corrigiéndose tal yerro en acto administrativo No. 1059 de 2013, que esa entidad suspendió de manera unilateral el pago de la mesada adicional y reclamó el pago de esta ante la demandada.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

Notificada la demandada en debida forma, contestó oponiéndose a las pretensiones, aceptó los hechos contenidos en numerales 1, 2 y 5 a 11, y manifestó no constarle los demás; propuso como excepciones las que denominó prescripción, cobro de lo no debido e inexistencia de la obligación por falta de cumplimiento de los requisitos legales, imposibilidad de condena en costas.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

PRIMERO: DECLARAR parcialmente probada la excepción de prescripción, respecto de la mesada 14 causada a su favor con antelación al 14 de noviembre del 2016.

SEGUNDO: CONDENAR a la UNIDAD ADMINISTRATIVA ESPECIAL DE GESTIÓN PENSIONAL Y CONTRIBUCIONES PARAFISCALES DE LA PROTECCIÓN SOCIAL – UGPP a restablecer el reconocimiento y pago de la mesada adicional de junio al señor JAIME DE JESÚS TAPASCO TREJOS, a partir del 14 de noviembre de 2016, sumas que deberán ser indexadas al momento de su pago.

TERCERO: CONDENAR EN COSTAS a la demandada. Éstas deberán liquidarse con la suma de \$500.000 como agencias en derecho a favor del demandante.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando que no había sido objeto de reparo que al demandante le había sido reconocida pensión de jubilación convencional a partir del 18 de febrero de 2009, por resolución 2180 de 2009 por el Fondo de Pasivo Social de Ferrocarriles Nacionales, para luego, que en cumplimiento de sentencia judicial se dispuso indexar la mesada pensional, suspendiendo el pago de la mesada 14 a partir 10 de abril de 2013.

Indicó que el artículo 142 de la Ley 100 de 1993, estableció el reconocimiento y pago de una mesada pensional adicional el mes de junio, pero posteriormente, el AL 01 de 2005, que entró en vigencia el 29 de junio de 2005, limitó ese derecho indicando que dicha mesada, sólo procedería para quienes percibieran una pensión inferior a 3 SMLV si la misma se causaba antes del 31 de julio de 2011, que el actor disfrutaba de pensión convencional prevista en el artículo 41 de la convención colectiva de trabajo, suscrita entre la Caja de Crédito Agrario y Sintracreditario, según el cual, dicha prestación, se concedía con 20 años de servicio y sería pagadera, una vez el trabajador arribara a los 55 años de edad; que respecto de esta norma, la CSJ tenía adoctrinado que el cumplimiento de la edad era un requisito de exigibilidad, causándose el derecho pensional con el cumplimiento de los 20 años de servicios, por lo que si bien la edad de 55 años se alcanzaba con posterioridad a la entrada en vigencia del AL 01 de 2005, ello no tenía la virtud de afectar el derecho pensional adquirido con el retiro del servicio, como lo indicó entre otras en sentencia SL1655 de 2021.

Que para el caso del actor, en resolución de reconocimiento pensional, se había indicado que prestó sus servicios a la Caja Agraria, del 1 de julio de 1974 al 27 de junio de 1999, esto es, por espacio de 24 años y 357 días, que alcanzó los 55 años el 18 de febrero de 2009, data en la cual se le reconoció la pensión de jubilación, por lo que aun cuando el señor Tapasco, había cumplido la edad para reconocimiento pensional con posterioridad a la entrada en vigencia del AL 01 de 2005, lo cierto era que para dicha data, el derecho pensional ya se encontraba causado, una vez se retiró del servicio en el año 1999, por lo que las disposiciones de dicha enmienda constitucional, no tenían la potestad de afectar su derecho al reconocimiento y pago de la mesada adicional. Que la pasiva había aceptado que suspendió el pago de la mesada adicional, siendo claro que tenía derecho a que se le restableciera el pago de la misma, de manera indexada.

Respecto a la prescripción señaló que la reclamación para el restablecimiento del pago de la mesada 14, se había efectuado hasta el 14 de noviembre de 2019, habiendo sido suspendido su pago desde abril de 2013, luego de transcurridos más de 3 años y como la demanda, había sido radicada en el 2020, se configuraba el término prescriptivo respecto de las mesadas causadas con anterioridad al 14 de noviembre de 2016.

DEL RECURSO DE APELACIÓN

La entidad **demandada** señaló que el artículo 142 de la Ley 100, había establecido el pago de la mesada 14 y el AL 01 de 2005, había limitado su pago, para el caso del actor, no se encontraba dentro de los supuestos señalados en el acto legislativo en mención para tener derecho al pago de la mesada 14, ya que la pensión en su caso, si bien se había causado en el 2009, fue reconocida por un valor superior a los 3 SMLV, por cuanto dicho acto dejaba las pensiones en 13 mesadas anuales, la pensión del actor se había causado con posterioridad a la entrada en vigencia del AL 01 de 2005; solicita se revoque la condena en costas ya que la entidad no ha actuado de manera temeraria.

CONSIDERACIONES

A efectos de resolver el recurso de apelación interpuesto, se tiene que como lo indicó el juzgador de primer grado, no fue objeto de reparo que al actor le fue reconocida pensión de jubilación prevista en el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajadores para la vigencia 1998-1999 de la extinta Caja Agraria.

Al respecto y contrario a lo manifestado por la parte demandada en su recurso **y alegaciones**, en lo que refiere a la interpretación del parágrafo transitorio 3º del Acto Legislativo 01 de 2005, como quiera que conforme al criterio que impera en la Sala de Casación Laboral¹, al tratarse la prestación reconocida al actor de una pensión de jubilación regulada por el artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajadores para la vigencia 1998-1999 celebrada entre la Caja de Crédito Agrario, Industrial y Crédito Público y la organización sindical Sintracreditario, es posible contrastar la prestación que se reclama con lo normado en el artículo 8º de la Ley 171 de 1961, toda vez que para la causación del derecho pensional se requiere cumplir **únicamente con el tiempo de servicios, esto es, 20 años continuos o discontinuos al servicio de la extinta Caja de Crédito Agrario y Minero siendo la edad de 55 años en el caso de demandante, simplemente un requisito de exigibilidad, mas no de causación, se reitera.**

¹ CSJ SL289 Rad.62107 del 14 de febrero de 2018, SL526 Rad.63158 del año 2018 y SL5030 de 2019.

Así las cosas y como bien adujo la decisión de primer grado, de la simple lectura del párrafo 1º del artículo 41 de la Convención Colectiva de Trabajo que se analiza, lo que se infiere sin mayor esfuerzo es que convencionalmente no se acordó que junto con el tiempo de servicios el trabajador activo tenía también que cumplir la edad correspondiente, puesto que lo que dice de la norma convencional es que el trabajador que se retira o es retirado del servicio sin haber cumplido la edad de 55 años en el caso de los hombres o del actor, y 50 en el caso de las mujeres, tienen derecho a la pensión convencional de jubilación una vez cumplan la edad mencionada, siempre y cuando haya reúna el requisito de 20 años de servicios prestados a la institución, tiempo se acredita en el presente caso.

En consecuencia, procede señalar a la demandada que la edad no es más que un requisito habilitante o de exigibilidad que no puede confundirse con la naturaleza de causación de la cual si goza el cumplimiento de tiempo de servicios.

Sentado lo anterior, en lo que respecta al reconocimiento de la mesada No. 14, preciso resulta mencionar que conforme a la fecha en que causó la pensión del señor Tapasco, esto es, el 27 de junio de 1999, data para la cual, dejó de prestar sus servicios para la Caja Agraria, se encontraba vigente la norma que consagraba la mesada 14 para todos los pensionados sin excepción alguna, y como lo ha expuesto la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL 6473 radicado 60193 de 2014, oportunidad en que señaló; *“Finalmente, en lo que hace a la inconformidad de la condena al pago de la mesada catorce o adicional, por contrariar el Acto Legislativo No.1 de 2005, es suficiente advertir que la pensión se causó en noviembre de 1991, por manera que no puede resultar afectada por la enmienda constitucional.”*

Conforme lo anterior, es clara la procedencia del reconocimiento de la mesada adicional reclamada por el demandante, con independencia del valor de la misma, ya que se itera para la fecha de causación del derecho, año 1999, dicha mesada se encontraba vigente para **todos** los pensionados.

En cuanto al término prescriptivo, aspecto que se revisa en **consulta**, es bien sabido que el derecho pensional objeto de discusión al interior del presente proceso es imprescriptible, no así, sobre las mesadas pensionales que se

causen con ocasión al reconocimiento de la prestación y que no sean reclamadas en el término de tres años siguientes a su causación, de conformidad con lo establecido en los artículos 488 del C.S.T., y 151 del C.P.T. y de la S.S.

Por lo anterior, en el presente caso se observa que el actor reclamó la reactivación de pago de mesada adicional ante la demandada el 14 de noviembre de 2019, radicando esta acción judicial el 5 de octubre de 2020, razón por la cual, se encuentran afectadas del fenómeno prescriptivo, las mesadas pensionales adicionales causadas antes del 14 de noviembre de 2016, como lo indicara la decisión de primer grado.

Por último, no hay lugar a variar la condena en costas teniendo en cuenta que en efecto la demandada fue vencida en juicio al no prosperar las excepciones por ella propuestas, en los términos del numeral 1 del artículo 365 del CGP, habiendo lugar a **confirmarse** la sentencia en su totalidad.

Sin costas en esta instancia.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia recurrida, conforme lo expuesto en la parte pertinente de este proveído.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican por edicto de conformidad con los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,


MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

(En Comisión de Servicios)
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO


LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO



REPÚBLICA DE COLOMBIA
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ D.C
SALA LABORAL

PROCESO ORDINARIO No. 38-2019-809-01

ASUNTO: APELACIÓN DE SENTENCIA

DEMANDANTE: IVÁN DARÍO SABOGAL

DEMANDADO: A.I. TECH EVOLUTIVE S.A.S.

MAGISTRADA PONENTE
MARLENY RUEDA OLARTE

En Bogotá a los Treinta y un (31) días del mes de agosto de dos mil veintitrés (2023), previa deliberación de los Magistrados y conforme a los términos acordados en la Sala de Decisión, se procede a dictar la siguiente:

SENTENCIA

Al conocer del recurso de apelación interpuesto por la parte demandada, revisa la Corporación el fallo proferido por el Juzgado 38 Laboral del Circuito de esta Ciudad, el 15 de julio de 2022

ANTECEDENTES

El señor IVÁN DARÍO SABOGAL por intermedio de apoderado judicial interpone demanda ordinaria laboral, con el fin de que se DECLARE el incumplimiento del contrato de trabajo por parte de la demandada, que no le fue cancelada la liquidación final a la terminación del contrato de trabajo, como consecuencia de tales declaraciones peticiona se condene a la pasiva a cancelar a su favor indemnización por despido sin justa causa, indemnización prevista en el artículo 65 del CST, sanciones contempladas en la Ley 50 de 1990, aportes al sistema de seguridad social integral dejados de cancelar durante la relación laboral, auxilio de cesantías e interés de estas, vacaciones y primas de servicio dejadas de cancelar.



HECHOS

Fundamentó sus pretensiones señalando que entre él y la sociedad demandada, celebraron contrato de trabajo con fundamento en el cual, se comprometió a prestar sus servicios en la operación de sistemas VIRS y conexos bajo la modalidad de dirección, confianza y manejo, que para ejecutar el objeto del contrato, requirió trasladarse de ciudad, laborando 25 días en campo en una base militar como ingeniero de soporte y 10 días de descanso remunerado, que luego de dicho descanso, laboraba 25 días en Bogotá realizando actividades de oficina, para luego regresar a campo, completando 50 días de labores por 10 de descanso, que el término de duración del contrato fue desde el 1 de febrero de 2017 al 1 de febrero de 2018, pactándose un salario de \$2.200.000 más \$70.000 como bonificación por cada día de trabajo en campo, que dicha bonificación conforme los preceptos del artículo 128 del CST, ostentaba todas las características de rubro salarial.

Afirma que una de sus funciones era enviar reportes diarios de las actividades realizadas, pero en octubre de 2017, tuvo problemas con dicha remisión de informes en 2 oportunidades, situación que puso de presente a su superiores, que durante la vigencia de la relación laboral, nunca recibió ningún llamado de atención, que el 1 de noviembre de 2017, al regresar de trabajo de campo a Bogotá, para proceder a la entrega de turno, la final del día la Gerente Administrativa de la demandada lo citó en su oficina, oportunidad en la que le manifestó que debido a los retratos en el envío de reportes, el cliente había manifestado su inconformidad, por lo que habían decidido dar por terminado su contrato de trabajo sin justa causa, sin realizar procedimiento disciplinario alguno, que acto seguido le entregó comunicación de terminación de contrato por “*muto acuerdo*”, documento que no firmó ni aceptó y se retiró de la oficina y al que acompañaron con un documento contentivo de liquidación del contrato.

Señala que a los 2 días en que se le manifestó la decisión de terminación del contrato, se le remitió carta de despido a su correo electrónico, mediante la cual le indicaron que se le había realizado un llamado de atención en el mes de abril de 2017, por distracción en sus funciones y ante su desconcentración en las mismas, los últimos meses, no había presentado informes diarios en el mes de octubre de 2017, manifestando el cliente que no se encontraba disponible para apoyo en las bases, siendo estas, justas causas para su despido, que no se le respetó el debido proceso para dar por terminada su



vinculación y en dicho correo le indicaron que debía comunicarse con el abogado de la sociedad para culminar su proceso de retiro y una vez en contacto con este, intentó persuadirlo para que suscribiera una carta de renuncia a cambio de recibir \$1.000.000, indicándole que la causal de su despido era distinta a la aducida en la comunicación, que en días posteriores le consignaron dinero por concepto de liquidación del contrato.

CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA

La sociedad demandada contestó la acción, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones, en cuanto a los hechos, aceptó el hecho referente a la existencia de la relación laboral y parcialmente los No. 5 y 6 y negó los demás. No propuso excepciones de mérito.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

El Juzgado de conocimiento resolvió:

PRIMERO: DECLARAR que entre las partes IVAN DARIO SABOGAL GARCÍA y AI TECH EVOLUTIVE S.A.S, existió un contrato de trabajo a término fijo, vigente del 1° de febrero al 1 de noviembre de 2017, en virtud del cual se desempeñó como INGENIERO DE CAMPO y percibiendo como remuneración mensual promedio la suma de \$2.993.333, vínculo que terminó sin justa causa comprobada por parte del empleador. Lo anterior, específicamente por lo expuesto en la parte motiva de la presente sentencia.

SEGUNDO: CONDENAR a la demandada AI TECH EVOLUTIVE S.A.S, a pagar al demandante IVAN DARIO SABOGAL GARCÍA, las siguientes sumas de dinero por los conceptos que a continuación se indican:

- a) \$597.204 por diferencia de auxilio de cesantías.
- b) \$53.947 por diferencia de intereses a las cesantías.
- c) \$597.204 por diferencia de primas de servicios.
- d) \$298.101 por diferencia de compensación en dinero de vacaciones.
- e) \$6.600.000 como indemnización por despido sin justa causa

Las sumas por concepto de, intereses de cesantías, compensación en dinero de vacaciones, e indemnización por despido sin justa causa, deberán ser indexadas.

TERCERO: CONDENAR a la demandada AI TECH EVOLUTIVE S.A.S, a pagar al demandante IVAN DARIO SABOGAL GARCÍA, intereses moratorios, en los términos del Artículo 65 del C.S.T, modificado por Artículo 29 de la Ley 789 del 2002, sobre las acreencias prestacionales referidas en el ítem segundo de la parte resolutive de la presente sentencia, a partir de la iniciación del mes 25 y hasta cuando se efectúe el pago, a la tasa máxima certificada por la Superintendencia Financiera. Lo anterior, por lo señalado en la parte motiva de la presente sentencia.

CUARTO: CONDENAR a la demandada AI TECH EVOLUTIVE S.A.S, a pagar en favor del demandante IVAN DARIO SABOGAL GARCÍA, específicamente con destino a la AFP en que se encuentre afiliado, las diferencias por concepto de aportes al Sistema General



de Pensión, existentes entre el valor reportado y el salario realmente percibido para los meses de mayo, junio, agosto y octubre del año 2017, en la forma señalada en la parte motiva de la presente sentencia, destacándose que los valores correspondientes deberán ser cancelados a entera satisfacción de la Administradora de pensiones en que se encuentre afiliado el accionante, incluyendo la proporción que le hubiese correspondido en condición de trabajador y los intereses de mora que para el efecto liquide la AFP.

QUINTO: ABSOLVER a la demandada AI TECH EVOLUTIVE S.A.S, de las demás pretensiones invocadas en su contra.

Fundamentó su decisión el Juez de primer grado señalando:

No es objeto de controversia entre las partes, la existencia de la vinculación contractual laboral del demandante con la accionada encontrándose plenamente establecido que fue vinculado mediante un contrato de trabajo a término fijo vigente, pactado para el lapso comprendido entre el 1 de febrero del 2017 al 1 de febrero del 2018 para desempeñar funciones de ingeniero de campo con una asignación básica salarial de \$2.200.000 pesos, así emana no solo de la confesión vertida en estos aspectos en la réplica, sino que a ella se aúna la copia del contrato de trabajo, la carta de terminación del vínculo contractual laboral y la carta de terminación de la relación laboral. Ahora bien, en cuanto a la asignación salarial, se afirma en la demanda que el accionante percibía o se pactó una asignación salarial de 2.200.000 pesos y que percibía una bonificación equivalente a \$70.000 pesos por cada día de trabajo de campo, destacándose que en los periodos en los que se cumplieron actividades dentro de este escenario, había recibido sumas equivalentes a \$3.950.000, destacando la connotación salarial de estos valores e indicando que no habrían sido tenidos en cuenta para efectos de la liquidación de acreencias prestacionales que se reclaman en el presente trámite procesal.

Ahora bien, sea lo primero, señalar que de conformidad con las previsiones del artículo 127 del CST, se establece cuáles son los pagos que constituyen salario y se precisa que ellos son los que retribuye directamente el servicio, siendo de notar que este tipo de pagos no dejan de ser salario por razón del nombre que se le dé, precisamente en atención al principio de la primacía de la realidad sobre las formas; ahora bien, conviene precisar que en sentencia C 521 de 1995, se prevé la posibilidad de pactar qué beneficios habituales acordados contractualmente u otorgados de manera unilateral pierdan la condición o la connotación salarial, o se establezca que los mismos no tienen efecto en los términos del artículo 128 del CST, según el cual no constituye en trabajo las sumas que ocasionalmente por mera liberalidad, recibe el trabajador del empleador como primas, bonificaciones o gratificaciones opcionales, participación de utilidades, excedentes de las empresas de economía solidaria y lo que recibe en dinero o en especie, no para su beneficio ni para enriquecer su patrimonio, sino para desempeñar a cabalidad sus funciones como gastos de representación, medios de transporte, elementos de trabajo y otros semejantes, tampoco las prestaciones sociales de que tratan los títulos 8 y 9, ni los beneficios o auxilios actuales u ocasionales acordados, convencional o contractualmente u otorgados en forma extra legal por el empleador y se destaca cuando las partes hayan dispuesto expresamente que no constituyen salario en dinero o en especie, tales como la alimentación, habitación o vestuario en las primas extra legales de vacaciones, de servicios o de navidad.

Ahora bien, atendiendo las previsiones de la Sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, entre otras, en sentencia SL 77820 del 2014, no es válido afirmar que la simple existencia de un acuerdo de exclusión de carácter salarial genere como consecuencia, otorgarle a la bonificación auxilio o beneficio incidencia de naturaleza salarial, pues también lo es que debe determinarse si esa naturaleza se presenta o reduce los elementos de que trata el artículo 127 del Código sustantivo laboral y que identifican el salario; es decir, si realmente se trataba de un beneficio que retribuyera directamente el servicio o de igual modo la periodicidad y la regularidad de su pago, su fidelidad y la forma como estaba concebido y el hecho de ingresar al patrimonio del trabajador, aclarado lo anterior conviene señalar o analizar el acervo probatorio que milita en el informativo para determinar el salario básico, así como los pagos recibidos por concepto de bonificación constituyen o no factor salarial, teniendo en cuenta que lo anterior milita copia del contrato de trabajo en donde se pacta en relación la remuneración el pago de \$2.200.000 mensuales, en la forma allí previstas, destacándose que las partes no han



convenido algún salario en especie y que la remuneración se pagará el último día de cada mes, se estableció un parágrafo primero en donde se relaciona que los pagos que no constituyen salario destacando que se conviene que ninguno de los pagos efectuados por la empresa al trabajador en los conceptos enumerados en el artículo 128 del CST tiene carácter de salario siempre que no superen el 40% del total de la remuneración, de acuerdo con el artículo 30 de la ley 1393 de 2010, por lo que se excluyen de la base del cómputo para la liquidación de otros beneficios laborales, prestaciones sociales, etcétera, las partes expresamente ponen que los suministros de alimentación, habitación, vestuario, primas extralegales, viáticos, entre otros que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones y que eventualmente otorga la empresa de manera habitual ocasional, no constituyen salario.

Ahora bien, militan desprendibles de nómina de febrero a octubre de 2017 en relación con el demandante, en donde se advierte que recibió por concepto de bonificación las siguientes sumas en los meses que a continuación se indican: en mayo: \$1.820.000, en junio, \$1.750.000, en agosto \$1.750.000 y en octubre otra vez \$1.820.000; se acredita entonces que el demandante además de percibir un salario básico recibió en los meses reseñados una bonificación que encuentra el despacho es equivalente a \$70.000 por cada día laborado en campo, aspecto que se ve corroborado con lo señalado en el interrogatorio rendido por la representante legal de la demandada y por el demandante; la parte demandada afirma que esta bonificación se encontraría inmersa dentro de la exclusión de pagos como salariales de que trata el parágrafo primero de la cláusula segunda del contrato laboral ya reseñada, destacando que ese otorgamiento estaba destinado a sufragar medios de transporte por cada día que trabajara el actor fuera de la oficina, lo que, de entrada, resulta inconsistente, en la medida en que se prevé que el pago se hace cuando se encuentra en trabajos de campo, en donde entiende este operador judicial, el demandante, pues no iba a generar diariamente algún pago por concepto de transporte, en principio y sería solo los desplazamientos del lugar de su residencia al sitio del campo donde estaría desarrollándose y viceversa, dentro de este contexto, si se tratara de este concepto o esta finalidad, precisamente para eso, están diseñados los viáticos en el marco de las relaciones de trabajo, en donde si el trabajador ocasionalmente tiene que desplazarse a un sitio distinto a su domicilio laboral normal como se evidencia en el informativo, pues lo procedente es el pago que de viáticos de esta naturaleza.

Dentro de este escenario, conviene señalar en punto específicamente con esa cláusula del parágrafo de la cláusula segunda del contrato de trabajo, que la misma no cumple con las previsiones jurisprudencialmente establecidas entre otras sentencias SL 683003 del 14 de noviembre de 2018 en relación específicamente con esta bonificación por desarrollo de trabajos en campo, en lo que define que la alta corporación precisó lo siguiente: además de lo anterior, esta Corte ha sostenido que esos acuerdos, en tanto, son una excepción a la generalidad salarial que se reporta de los pagos realizados en el marco de una relación de trabajo, deben ser expresos, claros, precisos y detallados de los rubros cobijados, pues no es posible allí el establecimiento de cláusulas globales o genéricas, como tampoco vía interpretación o lectura extensiva incorporar pagos que no fueron objeto de ese pacto por ello, la duda es si, determinado emolumento estaba o no incluido en ese tipo de acuerdos, es deber resolver este tipo de acuerdos a favor conforme la regla general, esto es, que para todos los efectos es retributivo: así, en el caso bajo examen nos encontramos frente a una cláusula genérica que nada alude puntualmente a esa bonificación por trabajo de campo que le fue reconocida y pagada al demandante que precisamente al menos para el mes de mayo o sea, luego de 3 meses de haber laborado o empezado, las actividades correspondientes siendo pertinente señalar que esta bonificación y la destinación que se le otorga a la misma tampoco encuentran una regulación puntual por parte del empleador, de manera tal que pueda deducir el operador judicial que corresponden a pagos que no ingresan en el patrimonio del trabajador o que no lo enriquece y por el contrario, lo que advierte el despacho es que ese bono de campo goza de esas características según las cuales están asociadas directamente a la prestación de servicio en campo y enriquecen evidentemente el patrimonio de la accionante pues ingresan en su pecunio con el que evidentemente atendería las necesidades correspondientes en el marco de su vinculación contractual laboral, siendo pertinente señalar que para el pago está asociado al número de días en los que el trabajador permanece en campo y cierto resulta que dentro de ese contexto, pues debe entenderse que son pagos en retributivos del servicio y como tales inciden en la determinación de acreencias prestacionales a que el accionante tenía o ha tenido derecho en el marco de la vinculación.

Teniendo en cuenta lo anterior, y partiendo de los ingresos percibidos por el accionante por concepto de bonificación durante la vigencia de su contrato de trabajo, se advierte que el salario promedio devengado durante el tiempo laborado ascendió a \$2.993.333 el que debe ser tomado como base para el establecimiento de acreencias de acreencias laborales, en este escenario, realizadas las operaciones aritméticas de rigor, se advierte



que el demandante, con base en asignación salarial por el tiempo laborado, tenía derecho a \$2.253.315 por concepto de cesantías, \$203.549, por concepto de intereses de cesantías, \$2.253.315, por prima de servicios \$1.126.657 por concepto de compensación en dinero de vacaciones, encontrándose acreditado en el informativo que por concepto de cesantías le fue pagado al demandante la suma de \$1.656.112 al igual que por prima de servicios, se pagaron \$149.602 por intereses de cesantías y se le liquidaron vacaciones por \$828.056, existiendo en este escenario una diferencia por cada uno de los conceptos así, por cesantías \$597.204 por intereses de cesantías, \$53.947 por prima de servicios, \$597.204 y finalmente vacaciones la suma de \$298.601, valores por los que procede la condena a cargo de la convocada a juicio.

Ahora bien, en relación con la indemnización por despido sin justa causa o despido indirecto, solicita el demandante se condene al reconocimiento y pago de la indemnización en los términos del artículo 64 del CST, aduciendo que su desvinculación, estuvo desprovista de justificación y, a pesar que indican que se pudo haber configurado un despido indirecto, lo cierto es que no fue él quien dio por terminado el contrato de trabajo aduciendo justas causas imputables al empleador por lo que de plano se descarta la configuración de un despido de esta naturaleza o de un despido indirecto; ahora bien, en relación con los términos de vinculación del accionante, conviene precisar que la Sala de casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, ha señalado que en cuanto a la terminación del contrato de trabajo con justa causa, que es carga del trabajador demostrar el hecho del despido y cumplida esta carga, le corresponde al empleador acreditar la configuración de una justa causa debidamente expresada en la comunicación de terminación del contrato que lo exima del pago de la indemnización de que trata el artículo 64 del CST, siendo pertinente señalar que dentro de este contexto, el demandante acredita que la ruptura del contrato laboral fue producto de una decisión unilateral del empleador en la forma que se registra en la comunicación del 1 de noviembre del año 2017 que aparece a folio 33 de la contestación en archivo digital, siendo pertinente señalar que en dicha comunicación, que admite haber recibido el accionante 3 días después del 1 de noviembre de 2017 vía correo electrónico se aducen cuáles habrían sido las razones por las cuales se dio por terminado el vínculo laboral, cabe anotar que la comunicación del 1 de noviembre del año 2017, no cuenta con firma del demandante, se encuentra suscrita por la gerente administrativa de la demandada y por un testigo auxiliar administrativo sin mayores consideraciones o sin mayores anotaciones en punto de las razones por las cuales pues no aparece la firma del demandante en reseñado documento, siendo pertinente señalar que de conformidad con el artículo 62 del CST y particularmente con lo señalado en el parágrafo, la parte que termina unilateralmente el contrato debe manifestar a la otra parte en el momento de la extinción, la causal o motivo de esa determinación posteriormente, no pueden alegarse válidamente causales o motivos distintos.

Teniendo en cuenta lo anterior de entrada, pues debe señalarse que no se acredita por la parte demandada que el 1 de noviembre del año 2017 le haya sido entregada al demandante la comunicación de terminación del contrato en la que se le hayan expresado las razones que daban lugar a esa determinación, destacándose que si bien es cierto y viene suscrito el documento con un testigo, con lo que no cuenta la comunicación es con la anotación correspondiente de que el demandante se habría negado a recibir y dentro de ese contexto, pues se requeriría, o sea, habría requerido quien suscribe el documento en calidad de testigo hubiera comparecido al trámite procesal a instancia de la demandada para dar luces en relación con las condiciones en las que se habría dado la situación de no suscripción del documento; en estas condiciones, evidentemente no puede tenerse como que a la terminación del contrato al demandante se le hubiera comunicado expresamente al momento esta extinción, la determinación de vinculación aunado si es cierto que el demandante en su libelo introductorio, señala haber recibido la comunicación el 3 de noviembre o sea 2 días después de la fecha en la que había operado la terminación del contrato, circunstancia que pues evidentemente no cumple con los presupuestos del parágrafo del artículo 62 del CST y por ello, pues tal comunicación carece de los efectos que se pueden predicar en los términos de la referida normatividad idóneos para generar la terminación del contrato con justa causa. Ahora bien, si en gracia de discusión pudiera señalarse que esa comunicación fue efectivamente recibida por el demandante o de ella, se enteró expresamente al demandante el 1 de noviembre del año 2017 conviene precisar que en cuanto a las causas que se le imputaron, se indica que en el mes de abril se le habría realizado un llamado de atención verbal por el abandono de sus funciones por estar constantemente distraído con su teléfono móvil, cabe anotar que del mes de abril del año 2017 al mes de noviembre del año 2017, pues esta razón habría perdido nexo de causalidad con la determinación de finiquitar el contrato de trabajo, siendo pertinente señalar que debe haber entre la comunicación entre la causa que da lugar a la terminación del contrato y la toma de la decisión un período razonable que genere alguna pretensión de inmediatez, pues no podemos señalar que por una razón pretérita, en cualquier



momento se puede dar por terminado un contrato de trabajo, así lo ha reconocido ampliamente la jurisprudencia de la Sala de Casación laboral de la Corte Suprema de Justicia, ahora bien, en cuanto al segundo ítem, se indica que, en los últimos meses, sin precisar cuáles se ha presentado el demandante, retraído en todas sus funciones laborales, de lo que se le habría informado en repetidas ocasiones, no se precisa en qué consiste el concepto retraído de todas sus funciones, si es que ello implicaba que no la realizaba, que la realizaba, pero de manera ineficiente o de manera dispersa o en qué condiciones, lo que no permite dar claridad respecto de cuál habría sido la falta en la que habría incurrido el trabajador dentro de este concepto, o la irregularidad que ameritaría la terminación del contrato con justa causa, se indica que en el mes de octubre no hizo la entrega de los informes diarios de las operaciones a tiempo, pasados 2 días después hacía las entregas, esto daría a entender que durante el mes de octubre todos los días, pues se presentaron estas irregularidades, siendo pertinente señalar que en su interrogatorio el demandante reconoce que al menos que en dos ocasiones se habría generado este tipo de retrasos, dentro de este contexto, a pesar del eventual incumplimiento del eventual retraso, no encuentra el despacho, cuál fue la gravedad de estos incumplimientos que habitara, por ejemplo, la terminación del contrato de trabajo, dentro de este contexto que dadas las condiciones que igualmente presenta la comunicación, pues no podría el despacho atender esos eventuales incumplimientos como justificativos de la terminación del vínculo contractual laboral, se indica igualmente que recibieron reclamos por parte del cliente, dos quejas de solicitudes que le habrían hecho al demandante y que no se habría dado gestión pero no se precisa cuáles fueron esas solicitudes o en qué consistían o para precisar efectivamente qué actividad habría desempeñado el demandante al respecto y se indica que el cliente notifica que no se presenta disponible para apoyo en el desarrollo de las actividades de soporte en las bases, siendo una manifestación abiertamente genérica que no puede el despacho aterrizar para precisar en su momento en que habría consistido eventualmente el error, sumado que cuando se regula en el contrato de trabajo las causales de terminación y las faltas que se califican como grave se debe al incumplimiento por mora o retardo injustificado de las obligaciones pactadas a cargo del trabajador y cierto, resulta que al precisarse que es la mora o retardo injustificado, pues ello supone que se haya garantizado al trabajador la posibilidad de explicar ante la queja o ante el retardo cual habría sido la razón para que con base a ello, pudiera determinarse si estaba justificada o no y en esas condiciones, pues tampoco si la carta hubiera sido entregada, en el momento legalmente establecido, pues tampoco tendría la virtualidad de generar la configuración de la justa causa y eximir accionada de la indemnización que se reclama, en estas condiciones, resulta procedente condenar a la accionada al pago de la indemnización en los términos del artículo 64 del CST y teniendo en cuenta que se trataba la vinculación contractual del accionante de un vínculo sometido a reglas de los contratos de duración definida o a término fijo, se tiene que la indemnización será tarifa con fundamento en los salarios dejados de percibir desde el momento de la desvinculación hasta el momento en el que fuera a finiquitar el vínculo contractual laboral, lo cual pactado con el contrato terminó el 1 de noviembre del año 2017, el final de la relación laboral se había pactado para el 1 de febrero del 2018, pues se tiene que la indemnización se tarifa en cuantía equivalente a 90 días de salario, el cual se toma dentro de ese escenario con el salario básico en la medida en que nada garantizaba sus últimos 90 días fuera a recibir una bonificación en una suma específica por trabajo de campo que pudiera el despacho deducir en el reciente trámite procesal. En estas condiciones, realizadas las operaciones aritméticas de rigor por concepto de indemnización por terminación de contrato desprovista de justificación, procede la condena por la suma de \$6.600.000 en favor del demandante.

Ahora bien, en cuanto a la indemnización por falta de pago de que trata el artículo 65 del CST, se establece que si a la terminación del contrato el empleador no le paga el trabajador, los salarios y prestaciones debidas, salvo los casos de retención autorizados por las leyes convenidos por las partes debe pagar la sanidad como indemnización una suma igual al último salario diario por cada día retardo hasta por 24 meses o hasta cuando se verifique si el periodo es menor, pero si transcurrido en 24 meses contados desde la fecha de terminación del contrato el trabajador no ha iniciado su reclamación por la vía ordinaria el empleador debe pagar al trabajador intereses moratorios a la tasa máxima de créditos de libre designación, certificados por la superintendencia bancaria a partir de la iniciación del mes 25 hasta cuando el pago se verifique; en este escenario, se advierte que esa indemnización se predica como sanción para el empleador en el momento de la desvinculación del trabajador, no le pagan lo debido por concepto de salarios y prestaciones, destacándose que la jurisprudencia ha estimado que está sanción acarrea una presunción de mala fe del empleador, siendo carga del empleador desvirtuarla con razones justificativas que lo ubiquen dentro de la órbita de la buena fe laboral. En el informativo se acredita que respecto del demandante, se efectuó un pago deficitario de acreencias prestacionales, específicamente cesantías y prima de servicios causadas en



vigencia de la relación laboral sin que se haya acreditado una justificación al respecto, pues nótese que la divergencia en torno a si el pago era salarial o no, no tiene la envergadura suficiente para ubicar a la accionada dentro de la órbita de la buena fe laboral, amén que es evidente que ese pago por trabajo de campo, que estaba asociado a la actividad laboral y era retributivo de servicio y a pesar de ello, si el querer de las partes hubiera sido quitarle a esa bonificación la connotación salarial, debió haber mediado un pacto expreso o al menos una manifestación expresa por parte del empleador al reconocer esos beneficios extralegales determinando aun que tal pago no tendría connotación salarial; en este escenario, procede la sanción respectiva y en la medida en que el contrato finalizó el 1 de noviembre del año 2017 y la demanda se instauró el 28 de noviembre del año 2019, esto es, cuando ya habían transcurrido los 24 meses de que data el artículo 29 de la Ley 789 de 2002, no hay lugar a infligir una condena equivalente a 24 meses de salario, lo procedente en este caso será condenar a la accionada a pagar respecto de las acreencias prestacionales deducidas en juicio en favor del demandante, intereses moratorios a la tasa máxima certificada por la superintendencia financiera en el momento de verificarse el pago.

Ahora bien, teniendo en cuenta que hay pagos que no se ven inmersos dentro de la indemnización por falta de pago, corresponderá a la demandada pagar al demandante los intereses de cesantías, la compensación de enero de vacaciones y la indemnización por despido sin justa causa, debidamente indexada, sumando para el efecto el IPC, que certifique el Dane de acuerdo con la fórmula índice final sobre índice inicial por valor histórico que corresponde al valor de cada una de estas condenas igual al valor indexado, así como índice inicial de deberá tomar al correspondiente del mes de noviembre del año 2017 y como índice final del mes, en que se verifique el pago por parte de la demandada, se reiteran no procede indemnización respecto a las creencias prestacionales por la eventual pérdida de poder adquisitivo de la moneda, se subsume en la indemnización por falta de pago, que en los términos del artículo 29 de la ley 789 del 2002, debe asumir la convocada a juicio específicamente con el pago de intereses moratorios a partir del primer día del mes 25, contado luego de la terminación del contrato de trabajo en la forma ya indicada.

Aportes al sistema de Seguridad Social: advierte el despacho en este aspecto que con ocasión del pago de la bonificación que en juicio se deduce como salarial, que existe aportes deficitarios en materia de cotizaciones al sistema general de pensiones para los meses de mayo, junio, agosto de octubre del año 2017, para los ciclos, para los cuales el demandante percibió una asignación salarial superior a la reportada en las planillas de cotización al sistema de Seguridad Social, acompañadas al expediente; en consecuencia, se condenará a la demanda a pagar con destino a el sistema general de pensiones, específicamente a entera Satisfacción de la administradora de fondos de pensiones, a que se encuentre afiliado el demandante, las diferencias de cotizaciones al sistema General de Seguridad Social en pensiones derivadas de la inclusión de esa bonificación, tomando para el efecto como ingreso base de cotización durante los meses de mayo, junio, agosto y octubre, las sumas percibidas por concepto de bonificación del año 2017, valores que se insiste deberán ser pagados a la administradora de pensiones en que se encuentre afiliado el promotor de la acción a ente satisfacción de esta administradora, incluyendo en este contexto la proporción que hubiera tenido que asumir el trabajador, junto con los intereses de mora que pueda liquidar la AFP.

RECURSO DE APELACIÓN

La parte **demandada** recurrió señalando:

Encontramos vulnerados el derecho a la contradicción y al debate justo toda vez que no se está teniendo en cuenta las pruebas testimoniales de mi cliente y las pruebas que se adjuntaron también en la contestación de la demanda, toda vez que se está teniendo en cuenta sí el testimonio de la parte demandada al afirmar de que en pocas ocasiones él faltó a su trabajo en debida forma, de la forma como se contrató y no se está teniendo en cuenta los testimonios de parte nuestra y además no se están evaluando las pruebas de fondo; sabemos que los \$70.000 que se le entregaron estaban supeditados a su trabajo en campo y estos gastos eran legalizados, en ningún momento constituyeron enriquecimiento patrimonial para la parte actora toda vez que él legalizaba con soportes que reposan en la contabilidad.



CONSIDERACIONES

No fue objeto de reparo la existencia de la relación laboral entre las partes, como tampoco sus extremos temporales, cuestiones que fueran aceptadas por la pasiva en escrito de contestación de demanda.

Determinado lo anterior, la Sala resolverá el recurso de acuerdo con lo establecido en el artículo 66 A del C P del T y de la S S, teniendo como puntos de inconformidad, la valoración de las testimoniales traídas al proceso por la parte pasiva para determinar si procede la indemnización por despido injusto y si la suma diaria recibida por el actor cuando realizaba labores de campo, constituye factor salarial.

Respecto al primer punto, esto es, la indebida valoración probatoria respecto a la indemnización por despido injusto se observa que, es deber del recurrente señalar de manera precisa cuáles fueron las pruebas erróneamente apreciadas o cuales fueron dejadas de valorar, en dónde estuvo el error del fallador de primera instancia, ya que, aunque el recurso de apelación no requiere de una técnica rigurosa ni de fórmulas sacramentales, sí, se itera, fija los puntos en virtud del principio de consonancia contenido en el artículo 66 A del C. P. del T. y de la S.S., sobre los cuales puede pronunciarse el Tribunal.

Conforme lo anterior, en gracia de discusión se tiene que el caudal probatorio arrimado al proceso, da cuenta de lo injusto del despido del actor, pues es evidente la contradicción en este punto en la que incurre la demandada, al indicar en documental contentiva de liquidación final del contrato de trabajo del actor que no fue desconocida por la pasiva, que la terminación de dicho vínculo contractual fue **sin justa causa**, y en comunicación del 1 de noviembre de 2017, aduce que fue con **justa causa**, esgrimiendo para el efecto las razones de tal determinación, que se concretan en un llamado de atención en el mes de abril de 2017 y la no presentación de informes de sus labores en octubre de la misma anualidad.

Sabido es que una vez probado el despido; corresponde al empleador probar la justa causa invocada, en juicio y desde luego en el momento en que la invoca siendo claro en la forma en que lo comunica, lo cual tampoco fue suficientemente claro durante el trámite procesal, pues si bien en la comunicación a que se alude, se narraron los hechos que dieron lugar a la

terminación; como bien lo adujo la decisión de instancia, no se logra determinar que dicha comunicación hubiera sido recibida por el actor, no obstante, en escrito de demanda aduce haber conocido de la misma.

Ahora, la Corte Constitucional en sentencia C-299 de 1998, señaló que el trabajador, **puede ejercer su derecho a la defensa frente al empleador antes de que le terminen el contrato y en consecuencia el empleador está obligado a darle oportunidad de defenderse de las imputaciones que se hacen en su contra, lo que reiteró para todas las causales en sentencia T-546 de 2000, sin que desde luego se trate de un proceso solemne riguroso, sino de la oportunidad que se otorgue al trabajador de explicar la conducta que se le atribuye, en diligencia, que puede ser de manera verbal, sin formalidades, sin que sea exactamente denominada de descargos y sin que se constituya en proceso disciplinario previo.**

Este entendimiento del artículo 62 del CST, sin que signifique que el despido es una sanción fue definido también en sentencia SU 449-2020, en donde se expresó:

1. Sobre las garantías con que cuenta el trabajador cuando se ejerce la facultad de terminación unilateral del contrato de trabajo con justa causa por parte del empleador. En vista de los pronunciamientos que en varios sentidos ha formulado este tribunal (en especial, frente al alcance del derecho de defensa) y dada la línea reiterada que en la materia existe en la Sala de Casación Laboral de la Corte Suprema de Justicia, **se considera necesario definir una regla de interpretación del artículo 62 del CST hacia el futuro, tanto por razones de seguridad jurídica para los empleadores y los trabajadores, como por aspectos de certeza y coherencia en el ordenamiento jurídico.** En consecuencia, cuando el empleador haga uso de la facultad unilateral de terminación del contrato de trabajo con justa causa, deberá cumplir con las siguientes garantías obligatorias, cuya exigibilidad se impone, y así se resaltará en la parte resolutive de esta sentencia, por resultar la única interpretación conforme con la Constitución Política, a saber:

GARANTÍAS OBLIGATORIAS	
PRIMERO -Inmediatez-	Debe existir una relación temporal de cercanía o inmediatez, o un término prudencial entre la ocurrencia o conocimiento de los hechos y la decisión de dar por terminado el contrato. De lo contrario, se entenderá que el motivo fue exculpado, y no se podrá alegar para fundamentar la resolución del vínculo.
SEGUNDO -Causales taxativas-	La decisión sobre la terminación unilateral del contrato de trabajo solo se puede sustentar en una de las justas causas, expresa y taxativamente, previstas en la ley.
TERCERO -Comunicación de motivos concretos, claros y específicos que justifican la decisión de	Se impone comunicar al trabajador las razones y los motivos concretos, claros y específicos que justifican la decisión de terminar el contrato. Lo anterior, siguiendo lo dispuesto en los artículos 62 (parágrafo) y 66 del CST.

GARANTÍAS OBLIGATORIAS	
terminar el contrato-	
CUARTO -Existencia y aplicación de procedimientos específicos de terminación del vínculo contractual-	Como se anotó con anterioridad, se exige observar los procesos previamente establecidos en la convención o pacto colectivo, en el reglamento interno, en un laudo arbitral o en el contrato individual de trabajo, siempre que en ellos se establezca algún trámite o procedimiento específico para dar fin al vínculo contractual. Esta exigencia se extiende a los casos en que el ordenamiento jurídico imponga la obligación de agotar un procedimiento determinado.
QUINTO -Exigencias de cada una de las causales y preaviso respecto de algunas de ellas-	Se impone acreditar el cumplimiento de las exigencias propias y específicas de cada causal de terminación, conforme se explicó en el numeral 109 de esta providencia. Entre ellas, cabe destacar de manera particular, la prevista en el inciso final del literal a), del artículo 62, del CST, conforme al cual: “En los casos de los numerales 9 a 15 de este artículo, para la terminación del contrato, el empleador deberá dar aviso con anticipación no menor de quince (15) días”.
SEXTO -Respeto debido en la relación laboral-	A partir de esta sentencia, y como resultado de la unificación jurisprudencial, se debe garantizar al trabajador el respeto debido como sujeto de la relación laboral, esto es, el derecho a ser escuchado y a no ser menospreciado por el empleador, antes de que éste ejerza su potestad unilateral de terminación. En consecuencia, no se menoscaba la dignidad humana del trabajador, al permitirle ser escuchado frente a los supuestos concretos y específicos que permitirían la configuración de la causal invocada. Este derecho, cuyo fundamento es la dignidad humana y la igualdad de trato y respeto, se erige como una garantía que integra el derecho del empleado a ser tratado con respeto y en condiciones dignas y justas, en el marco de su relación laboral; y de ninguna manera, puede ser entendido como un escenario de agotamiento del debido proceso.

En consecuencia y como señala la Corte esta es una garantía no solo para el trabajador, **pues deben ser escuchadas sus explicaciones**, sino que también lo es para el empleador que otorga y respeta ese derecho.

Para la Sala es claro y ello luego de analizar las pruebas que aparecen en el expediente, que el empleador, no cumplió con lo antes señalado, ya que en primer lugar, le imputa al actor hechos ocurridos en **abril de 2017**, dejando de lado el principio de inmediatez, aunado a ello, no le dio oportunidad alguna de pronunciarse frente a las demás omisiones endilgadas como motivos de justa causa para proceder a la terminación de su vinculación en noviembre de 2017; siendo clara la procedencia de la indemnización objeto de condena.

Ahora, en cuanto al pago de \$70.000 diarios por las labores en campo desempeñadas por el actor, se observa que los artículos 127 y 128 del CST consagran los pagos que constituyen salario y los que no respectivamente,



en cuanto al primero, indica la norma que posee carácter salarial toda suma recibida por el trabajador como **contraprestación del servicio**.

Sobre el particular y si bien la Ley permite que la suscripción de pactos de exclusión salarial entre el trabajador y su empleador, lo cierto es que los mismos se tornan ineficaces, cuando tales sumas excluidas de dicha connotación, retribuyen el servicio del trabajador y así lo reiteró la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SL656 de 2021; no obstante lo anterior, en el caso bajo estudio, si bien la demandada insiste en que el pago de la suma bajo estudio, no tenía incidencia salarial, ningún esfuerzo hizo para excluirlo como tal y en gracia de discusión, contrario a lo indicado por el recurrente, de haberse efectuado un pacto en tal sentido, el mismo se tornaría ineficaz, al no haber sido objeto de reparo que dicha suma se reconocía al actor, **por las labores desempeñadas por este en campo**, circunstancia que no fue objeto de reproche y es corroborada por la pasiva también en su **recurso**, cuando indica que “*tales sumas se encontraban supeditadas a su trabajo en campo*”.

Así las cosas, es claro que la suma bajo estudio, cumple con los requisitos señalados en el artículo 127 del CST, para ser tenido como pago de naturaleza salarial y ningún medio probatorio permite poner siquiera en duda tal conclusión, al quedar claro, se itera que **retribuía el servicio del actor cuando se encontraba prestando sus servicios en campo** y el hecho de que fueran pagos legalizados, en nada influye para no atender a su verdadera naturaleza.

Es así como al no salir adelante ninguno de los argumentos del recurso, se **confirmará** la decisión de primer grado en su totalidad.

Sin costas en esta instancia.

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

R E S U E L V E:

PRIMERO: CONFIRMAR la sentencia apelada, conforme lo señalado en la parte motiva de esta providencia.



SEGUNDO: SIN COSTAS en esta instancia.

Las partes se notifican por EDICTO de conformidad con los art. 40 y 41 del C.S.T. y de la S.S.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

(En Comisión de Servicios)

MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
DE BOGOTÁ D.C.
SALA DE DECISIÓN LABORAL**



DEMANDANTE: GUSTAVO ADOLFO ARÉVALO
DEMANDADO: DIRECCIÓN SANIDAD POLICÍA NACIONAL
RADICADO: 11001 22 05 000 2023 0765 01

MAGISTRADA PONENTE: MARLENY RUEDA OLARTE

Bogotá, D.C., Treinta y uno (31) de agosto de dos mil veintitrés (2023)

S E N T E N C I A:

Procede la sala a resolver el recurso de apelación presentado contra la providencia proferida el 23 de marzo de 2023, por la Superintendencia Nacional de Salud, por medio de la cual accedió a las súplicas de la demanda, ordenando a la accionada a reconocer y pagar al accionante la suma de \$830.000.

Como fundamento de sus pretensiones el señor Adolfo, señaló que se encuentra afiliado a Sanidad de la Policía Nacional, siendo cotizante desde hace más de 10 años, que el 2 de octubre de 2017, se presentó ante esta al empezar a tener visión borrosa, que el 26 de diciembre de 2018, acudió nuevamente a consulta por el mismo motivo, a lo que le indicaron que debía acudir a urgencias solo en caso de ser necesario, que inicialmente fue revisado por Medicina General, siendo remitido a oftalmología, revisión que fuera realizada el 23 de enero de 2019, en dicha oportunidad con urgencia lo enviaron al Hospital San Rafael, en donde le indicaron que debía esperar a la próxima semana para valoración con oftalmólogo, que tales demoras ocasionaron que el desprendimiento de la retina de su ojo derecho fuera empeorando, razón por la cual, optó por asistir a urgencias del Hospital San Rafael de Tunja, donde le diagnosticaron desprendimiento de retina, que debe desplazarse por sus propios medios a la ciudad de Bogotá, ya que la accionada le indica no contar con especialista para atender su situación.

Refiere que el 15 de mayo de 2019, durante la práctica de la cirugía, se dañó una de las herramientas requeridas (microscopio), y la profesional que realizó la cirugía, determinó enviarlo a casa a pesar de haberle realizado incisión en el ojo y haberlo anestesiado, que posterior a ello, no le asignaron

cita de cirugía debido a que la profesional oftalmóloga, se había incapacitado por un accidente, lo que ocasionó el empeoramiento y pérdida de visión de su ojo derecho, que después de mucho insistir ante la accionada para la atención requerida, se le asignó un oftalmólogo externo para corrección de cirugía anterior, la que fue realizada 10 meses después de la primera intervención, oportunidad en la que no le dieron la incapacidad necesaria y en ejercicio de sus labores, nuevamente se desprende la retina, por lo que acude al Hospital San Rafael de Tunja, donde emiten tal diagnóstico, que Sanidad de Tunja, no le ofrece solución alguna y por ello se desplaza a Bogotá, Hospital Central, donde le indican que no hay contrato vigente con oftalmólogos.

Indica que por lo anterior, es enviado al Instituto de la Córnea para ser valorado, pero en dicha institución no llegaron a un acuerdo con sanidad para brindarle atención, que días después es contactado por la Sociedad de Cirugía Ocular, en el mes de mayo de 2020, se le realiza nuevamente la cirugía, que las anomalías en su atención médica, conllevaron a que tuviera que ser intervenido 6 veces, que para abril de 2020, iniciaron síntomas en su ojo izquierdo, acudiendo en repetidas ocasiones a la clínica asignada por la Policía, donde le indicaron que no tenían oftalmología disponible, que el 20 de octubre del mismo año, en la Sociedad de Cirugía Ocular, se tomó la determinación de operar el ojo izquierdo ante el riesgo de pérdida de visión como ocurrió con el ojo derecho, procedimiento que le permitió mejorar su visión, señala por último que las demoras de la accionada, ocasionaron pérdida de visión del 70% en su ojo derecho y del 20% en el ojo izquierdo.

DECISIÓN DE PRIMERA INSTANCIA

La Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación de la Superintendencia Nacional de Salud, en proveído de fecha 23 de marzo de 2023, accedió a las súplicas de la demanda, ordenando a la accionada a reconocer y pagar al demandante la suma de \$830.000.

Para lo cual señaló en síntesis que el accionante a pesar de ser un paciente joven, presentaba una grave patología visual en ambos ojos que había sido gestionada con dificultad dentro de la red de la accionada, que desde julio de 2020, se había reiterado el diagnóstico y la necesidad urgente de práctica de procedimiento y no obraba documento alguno que permitiera concluir que la accionada había tramitado de manera adecuada el diagnóstico del actor, aunado a ello, esta no había remitido contestación de la acción, por lo que se debían tener como ciertos los hechos susceptibles de confesión,

conforme las previsiones del artículo 97 del CGP, igualmente, la accionada debía atender de manera diligente la patología del actor, pues su diagnóstico era de tratamiento urgente, no obstante, había retardado los trámites para su atención injustificadamente.

RECURSO DE APELACIÓN

Inconforme con la decisión, la accionada, señaló que al accionante durante el año 2020, había sido valorado en 12 consultas, previo a 21 llamadas efectuadas por este, las que relaciona en su escrito de impugnación, con las especialidades de oftalmología, glaucoma y retina, que nunca se le negó la atención en salud y aún así, optó por atención particular, que los profesionales adscritos a la accionada, no advirtieron la necesidad del procedimiento objeto de controversia.

CONSIDERACIONES

Teniendo en cuenta el resumen que antecede, es necesario tener en cuenta que la Ley 1122 de 2007 al consagrar las funciones de la Superintendencia Nacional de Salud, le asignó en el artículo 41 literal b) *“el reconocimiento económico de los gastos en que haya incurrido el afiliado por concepto de atención de urgencias en caso de ser atendido en una IPS que no tenga contrato con la respectiva EPS cuando haya sido autorizado expresamente por la EPS para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios”*.

A su turno, el artículo 14 de la Resolución 5261 de 1994, dispone:

*“RECONOCIMIENTO DE REEMBOLSOS. Las Entidades Promotoras de Salud, a las que esté afiliado el usuario deberán reconocerle los gastos que haya hecho por su cuenta por concepto de: atención de urgencias en caso de ser atendido en una I.P.S. que no tenga contrato con la respectiva E.P.S., cuando haya sido autorizado expresamente por la E.P.S. para una atención específica y en caso de incapacidad, imposibilidad, **negativa injustificada o negligencia demostrada de la Entidad Promotora de Salud para cubrir las obligaciones para con sus usuarios.** La solicitud de reembolso deberá hacerse en los quince (15) días siguientes al alta del paciente y será pagada por la Entidad Promotora de Salud en los treinta (30) días siguientes a su presentación, para lo cual el reclamante deberá adjuntar original de las facturas, certificación por un médico de la ocurrencia del hecho y de sus características y copia de la historia clínica del paciente. Los reconocimientos económicos se harán a las tarifas que tenga*

establecidas el Ministerio de Salud para el sector público. En ningún caso la Entidad Promotora de Salud hará reconocimientos económicos ni asumirá ninguna responsabilidad por atenciones no autorizadas o por profesionales, personal o instituciones no contratadas o adscritas, salvo lo aquí dispuesto.” (negrilla fuera del texto original)

Descendiendo al caso bajo estudio, se observa que, si bien la accionada relata un historial de atención por especialistas para tratamiento de patología del accionante, no aporta prueba alguna de dichas consultas, ni en sede de impugnación como tampoco en el trámite de primera instancia de la acción judicial, pues no contestó la demanda interpuesta por el actor; aunado a ello y conforme las pruebas aportadas por este último, entre estas la historia clínica aportada por la Sociedad de Cirugía Ocular S.A., da cuenta del diagnóstico de desprendimiento de retina de ojo izquierdo del señor Adolfo, como también que había sufrido de la misma patología en su ojo derecho, razón por la cual, requería un tratamiento urgente de la misma, el que no se evidencia haya sido suministrado por la accionada, pues se itera, no allega prueba al efecto; a más de lo anterior, en la solicitud de reembolso del actor, este refiere que ha sido valorado por 4 especialistas distintos, quienes le indican que su visión en el ojo izquierdo se encontraba normal y claramente la especialista adscrita a la Sociedad de Cirugía Ocular S.A., diagnosticó el desprendimiento de retina, patología que se itera, debía ser tratada de manera prioritaria, ya que comprometía la visión del actor, que ya se encontraba afectada en su ojo derecho.

Conforme lo anterior, no resultaba procedente esperar a que los especialistas de la accionada, diagnosticaran el desprendimiento de retina, pues como se vio, tal circunstancia no ocurrió, lo que conllevó a que el actor acudiera a una segunda opción en salud, ya que seguía presentando las molestias en su ojo izquierdo, como se lo reiteró a la accionada en la reclamación de reembolso, siendo perentoria la práctica de dicho procedimiento, que no fue garantizado por la accionada, no evidenciándose diligencia alguna en la atención en salud del accionante; razones que resultan suficientes para **confirmar** la decisión de primer grado.

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

RESUELVE

PRIMERO: CONFIRMAR la providencia proferida el 23 de marzo de 2023, por la Superintendencia Nacional de Salud – Superintendencia Delegada para la Función Jurisdiccional y de Conciliación, por las razones expuestas.

SEGUNDO: Sin costas en esta instancia.

Las partes se notifican en estrados conforme lo previsto en los artículos 40 y 41 del CPTSS.

Los Magistrados,



MARLENY RUEDA OLARTE
MAGISTRADA

(En Comisión de Servicios)
MANUEL EDUARDO SERRANO BAQUERO
MAGISTRADO



LORENZO TORRES RUSSY
MAGISTRADO